

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

ANTONIO RENATO ALVES RAINHA

TITULARIDADE E NOÇÃO ATUAL DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

Brasília/DF

2016

ANTONIO RENATO ALVES RAINHA

TITULARIDADE E NOÇÃO ATUAL DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

Monografia apresentada no Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, na área de concentração Direito Público, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Brasília/DF

2016

ANTONIO RENATO ALVES RAINHA

TITULARIDADE E NOÇÃO ATUAL DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

Orientador: Prof. Dr. José Levi do Amaral
Júnior

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.
Universidade...

Prof. Dr.
Universidade

Prof. Dr.
Universidade

Brasília, de de 2016.

Dedicatória

Ao meu pai, exemplo maior de honestidade e humildade.

Agradecimentos

A todos que me prestaram valorosa ajuda para a elaboração deste trabalho.

“É muito melhor arriscar coisas grandiosas, alcançar triunfos e glórias, mesmo expondo-se a derrota, do que formar fila com os pobres de espírito que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem nessa penumbra cinzenta que não conhece vitória nem derrota.”

Theodore Roosevelt

Resumo

Foi na França, logo após a Revolução de 1789, com a prolação dos arrêts Blanco e Terrier, que a noção de serviço público começou a merecer especial atenção. Em seguida, seus alicerces doutrinários foram construídos pelos juristas da Escola de Serviço Público francesa, ou Escola de Bordeaux, com destaque para as formulações de Léon Duguit e Gaston Jèze.

No Brasil, apesar das alterações sofridas pelo serviço público desde o período imperial até os dias atuais, especialmente após a Reforma do Estado patrocinada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso na segunda metade dos anos 90 do século XX, as noções de serviço público formuladas pelos expoentes da Escola de Serviço Público francesa ainda exercem forte influência sobre os doutrinadores pátrios.

Por terem grande importância para o Estado e para a sociedade, determinadas atividades são qualificadas pela própria Constituição Federal como serviço público, a exemplo das que constam dos incisos X, XI e XII do seu artigo 22. Outras atividades, também relevantes para a população, tornaram-se serviços públicos por força de legislação infraconstitucional.

A Constituição Federal de 1988, de forma enfática, atribui a titularidade dos serviços públicos ao Estado, incumbindo-lhe de prestá-los, direta ou indiretamente, à população, sempre sob as regras de direito público, ao menos parcialmente.

Palavras-chave: Serviço público; titularidade; noção; Constituição Federal; direito público.

Abstract

It was in France, thereupon the revolution of 1789, with the delivery of the arrêts Blanco and Terrier, that the notion of public service has started to deserve some special attention. Afterwards, its doctrinal foundations were assembled by jurists of the French School of Public Service, or Bordeaux School, highlighting the formulations of Léon Duguit and Gaston Jèze.

In Brazil, despite the changes experienced by the public service since the imperial period to the present-day, especially after the State Reform, sponsored by the govern of Fernando Henrique Cardoso in the second half of the 90s of the 20th Century, the notions of public service developed by exponents of the French School of Public Service still exert meaningful influence on the national indoctrinators.

Due to having great importance towards the State and society, certain activities are qualified by the Brazilian Federal Constitution as public service, as for instance of the ones listed on the items X, XI and XII of its article 22. Other activities, likewise relevant to the population, turned out public services by virtue of infra-constitutional legislation.

The Brazilian Federal Constitution of 1988, in an emphatic way, assigns the ownership of the public services to the Estate, imposing It the responsibility of providing them, directly or indirectly, to the population, always under the public law rules, at least partially.

Keywords: Public service, ownership, notion Brazilian Federal Constitution; public law.

Sumário

| | |
|--|----|
| Introdução | 11 |
| 1. Antecedentes Históricos | 14 |
| 1.1 A Revolução Francesa | 15 |
| 1.2. Origem da Noção de Serviço Público | 26 |
| 1.3. Evolução da Noção de Serviço Público no Brasil | 31 |
| 2. Crises da Noção de Serviço Público | 38 |
| 2.1. Primeira Crise da noção de Serviço Público | 38 |
| 2.2. Segunda Crise da noção de Serviço Público | 42 |
| 3. Princípios do Serviço Público | 46 |
| 4. Realidade Brasileira & Realidade da União Europeia | 51 |
| 4.1 Os Serviços de Interesse Econômico Geral | 52 |
| 4.2 Serviços Públicos e o Princípio da Subsidiariedade | 55 |
| 5. Serviço Público no Brasil | 60 |
| 5.1. Noção Atual e Titularidade do Serviço Público no Brasil | 61 |
| 5.2. Serviço Público, Poder de Polícia, Obra Pública, Fomento e Função Pública: Distinções | 75 |
| 5.2.1 Poder de Polícia e Serviço Público | 76 |
| 5.2.2 Obra Pública e Serviço Público | 79 |
| 5.2.3 Fomento e Serviço Público | 82 |
| 5.2.4 Função Pública e Serviço Público | 83 |
| 5.3. Serviços Públicos e a Constituição Brasileira de 1988 | 85 |
| 5.4. Autorização de Serviço Público | 93 |
| 6. Decisões do STF e do TCFD: Titularidade, regime jurídico e eficiência dos Serviços Públicos | 99 |

| | |
|---|-----|
| 6.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.266-5 – Bahia..... | 100 |
| 6.2. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 610.517 - Rio de Janeiro | 104 |
| 6.3. Processo nº 22.218/2013 - Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF..... | 106 |
| 6.4. Processo nº 31.900/2013 do Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF | 112 |
| 6.5. Processo nº 24.101/2010 - Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF..... | 119 |
| Conclusão | 126 |
| Bibliografia | 128 |
| Legislação Consultada | 140 |

INTRODUÇÃO

Apurar a atual noção de serviço público e demonstrar que no Brasil, em razão de norma constitucional, a sua titularidade é sempre do Estado, que deve prestá-lo à população, direta ou indiretamente, sob as regras de direito público, é o objetivo deste trabalho.

A noção de serviço público teve sua origem na França¹, em razão das transformações políticas, sociais e econômicas geradas pela Revolução Francesa².

Foi a jurisprudência que deu o primeiro passo para o reconhecimento e a formulação da noção de serviço público³, especialmente com os arrêts Blanco e Terrier. O primeiro, Blanco, exarado em 1873, reconheceu a competência da jurisdição administrativa para decidir causas resultantes da execução de serviços públicos, enquanto o arrêt Terrier, proferido em 1903 pelo Conselho de Estado francês, reforçou a tese inaugurada no arrêt Blanco, estendendo a competência dos tribunais administrativos às causas que envolvessem os serviços públicos locais.⁴

Em seguida, juristas da Escola de Serviço Público⁵ ou Escola de Bordeaux construíram as bases doutrinárias da noção de serviço público⁶, com destaque para Pierre Marie Nicolas Léon Duguit, jurista francês especializado em direito público, e seu discípulo, também jurista especialista em Administração Pública, Gaston Jèze⁷. Merecem destaque, igualmente, as formulações sobre

¹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina, 1993. p. 69 - 71.

² JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 18-21.

³ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 22-28.

⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. 2012. São Paulo: Malheiros, p. 63-66.

⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. – 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003. p. 215.

⁶ JUSTEN, op. cit, p. 29-45.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 100-101.

serviço público elaboradas por Maurice Hauriou, Professor de Direito da Escola de Toulouse.⁸

Erigida na França após a Revolução, a noção de serviço público, seja em sua concepção formal, material (objetiva) ou subjetiva, ou ainda, fruto da fusão dessas três concepções, influenciou e ainda influencia fortemente os doutrinadores brasileiros⁹. Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁰ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ adotam a concepção formal desenvolvida por Gaston Jèze, enquanto Eros Roberto Grau¹² e Ruy Cirne Lima¹³ aliam-se à concepção material de Duguit.

Certamente que modificações e adaptações podem ser notadas quando comparamos as noções formuladas logo após a Revolução Francesa e as que hoje formulam os doutrinadores brasileiros, especialmente após as alterações introduzidas no modelo estatal brasileiro em razão da Reforma Administrativa da década de 90 do século XX.

Ademais, o direito brasileiro não pode deixar de observar as transformações que ocorreram e ocorrem nos países da União Europeia, especialmente após a entrada em vigor do Tratado de Maastricht (01/11/1993) que, entre outras modificações, estabeleceu o regime concorrencial às empresas prestadoras de serviços públicos (serviço de interesse econômico geral), restando ao Estado a função de coadjuvante na execução de atividades úteis e/ou essenciais à população.

⁸ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. 2012. São Paulo: Malheiros, p. 57-63.

⁹ BERCIVICI, Gilberto. *Concepção material de serviço público e Estado brasileiro*. In: Heleno Taveira Tôres (org.) *Serviços Públicos e Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, v. p. 67-70.

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 689.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014, p.107.

¹² GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª edição. 2ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2003, p. 265-267.

¹³ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª edição, revista e elaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007, p. 207.

Acrescente-se às alterações produzidas pelo Tratado de Maastricht a discussão travada no Brasil em razão da Lei Geral das Telecomunicações¹⁴, especialmente no tocante à autorização para prestação de serviços de telecomunicações por empresas particulares. Todavia, mesmo que prestado sob normas de direito privado e em regime concorrencial, os serviços delegados pelo Estado a particulares, mediante autorização, não perdem a natureza de serviço público, aplicando-se, inclusive, a regra do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal (responsabilidade objetiva do Estado)¹⁵.

Nosso regramento pátrio, especialmente o artigo 175 da Constituição Federal¹⁶, estabelece, de forma rígida, clara e objetiva que a titularidade do serviço público no Brasil é do Poder Público, que não necessita obrigatoriamente prestá-lo diretamente, podendo delegar sua execução a particulares. Todavia, tal delegação não retira do Estado sua condição de titular do serviço público, como parece ocorrer atualmente na União Europeia.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 9.472/97, de 16 de julho de 1997.

¹⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares*, in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 236.

¹⁶ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

CAPÍTULO 1

Antecedentes históricos

O fornecimento de obras e serviços em benefício de uma dada coletividade tem sido proporcionado pelo Estado desde o denominado período “Oriental” (terceiro ao primeiro milênio a.C.)¹⁷. Todavia, a noção de serviço público, com seus critérios técnicos e jurídicos, teve sua origem e desenvolvimento em razão das transformações políticas, econômicas e sociais geradas pela Revolução francesa.

Tendo sua origem na França, em consequência das decisões do Tribunal de Conflitos (arrêt Blanco) e do Conselho de Estado francês (arrêt Terrier) , a noção de serviço público, após o trabalho de elaboração doutrinária dos expoentes da Escola de Bordeaux, encontrou terreno fértil para a sua proliferação, especialmente nas demais nações do mundo ocidental.

No Brasil a influência da noção de serviço público erigida na França após a Revolução é incontestável. Desde o império até os dias atuais, nossos doutrinadores valem-se dos critérios elaborados pelos juristas da Escola de Serviço Público francesa, especialmente por Léon Duguit e Gastón Jèze, para elaborar suas noções de serviço público adaptadas à realidade brasileira.

Para melhor compreensão do tema objeto do nosso trabalho, antes de adentrarmos no ponto central, ou seja, a titularidade e a noção atual de serviço público no Brasil, necessário se faz uma breve análise dos antecedentes históricos, da origem e da evolução do instituto na França e em nosso país.

¹⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, vol. I, 1993 (Evolução histórica da administração pública), pág. 51-71.

1.1 A Revolução francesa

A Revolução Francesa representa um marco na organização do Estado e dos sistemas de governo¹⁸ das nações contemporâneas, especialmente as ocidentais. Ela - a Revolução - não ficou restrita ao Estado francês, provocando profundas transformações, principalmente sociais, políticas e administrativas em inúmeras nações.

Na França, a Revolução ocasionou um terremoto institucional e humano, alterando completamente todo o arcabouço político e social existente, sepultando definitivamente o regime anterior, denominado pelos revolucionários de Antigo Regime¹⁹.

A derrocada do Absolutismo e o surgimento do Constitucionalismo clássico geraram transformações políticas, econômicas e sociais que regem até o

¹⁸ Governo distingue-se de Estado. Numa sociedade política, ainda que rudimentar, haverá sempre autoridade, vale dizer, governo. Por isso, o governo é de origem imemorial, pois imemorial é a origem da sociedade. Já o Estado é fenômeno moderno, produto de fatores históricos. Surgiu no século XVI, e, em essência, é poder político soberanamente organizado. A partir da Renascença, veio ganhando dimensões estruturais cada vez maiores, constituindo em nossos dias o Estado-dinossau, com uma complexa montagem de órgãos não raro dominados por um instrumental tecno-burocrático asfixiante. Embora distintos, Estado e governo não estão separados, pois o governo atua através dos órgãos do Estado. (SOUZA, José Pedro Galvão. Dicionário de Política/José Pedro Galvão de Sousa, Clóvis Lema Garcia, José Fraga Teixeira de Carvalho- São Paulo: T.A. Queiroz, 1998, p. 248).

¹⁹ Expressão usada principalmente na França (Ancien Régime) para designar o período histórico que precedeu a Revolução de 1789. Se o seu termo está, assim, nitidamente assinalado, o mesmo não se pode dizer do seu início. Não se trata apenas de uma sucessão cronológica, mas da maneira de ser da sociedade e de sua estruturação política. Transformações - nos costumes, nas instituições e nas próprias ideias - faziam-se sentir desde os últimos séculos da Idade Média; foram-se acentuando cada vez mais, a partir dos Descobrimentos marítimos, da Renascença e do protestantismo, sem que, no entanto, houvesse uma ruptura na continuidade histórica, prevalecendo, por isso, certas características da sociedade medieval, bem marcantes na Espanha e mais frágeis em Portugal, e cedendo ao ímpeto da modernidade, na Europa continental transpirenaica e na Inglaterra. Os contornos do Antigo Regime delineiam-se melhor nos séculos XVII e XVIII, revelando um mundo que, se, por um lado, está ligado à sociedade medieval, à sua estrutura, aos seus ideais, por outro, se antecipa ao que será a Europa depois da Revolução Francesa. Desta Revolução escreve Alexis de Tocqueville (1805-1859) que ela *“não teve somente por objeto mudar um governo antigo, mas abolir a forma antiga da sociedade”*, razão pela qual investiu contra todos os poderes estabelecidos, arruinou todas as influências reconhecidas, apagou as tradições, remodelou os costumes e os usos, e esvaziou de certa maneira o espírito humano de todas as ideias sobre as quais estavam fundados até então o respeito e a obediência (L’Ancien Régime et la Révolution, I, 2). Nesta maneira de ser da sociedade civil, refletia-se ainda, em grande parte, durante os anos do chamado Antigo Regime, o espírito da civilização medieval. (SOUZA, José Pedro Galvão. Dicionário de Política/José Pedro Galvão de Sousa, Clóvis Lema Garcia, José Fraga Teixeira de Carvalho - São Paulo: T.A. Queiroz, 1998, p. 26-27).

presente a sociedade, com algumas adaptações e transformações ocorridas desde as revoluções burguesas.

A intensidade e a influência da Revolução de 1789, em todos os países que recepcionaram as luzes das mudanças trazidas pela onda revolucionária, geraram todas as condições para a implantação das bases do Estado liberal, cujo modelo restou adotado por diversas nações no mundo²⁰.

O que os franceses - burguesia, nobres insatisfeitos e/ou esclarecidos e camponeses - quiseram aniquilar definitiva e brutalmente? Por quê? O Antigo Regime é a resposta, ou seja, um sistema político absolutista - Absolutismo -, um regime de produção feudal - Feudalismo - e uma sociedade de ordens²¹. Tais características geraram uma sociedade injusta e intensamente desigual. De um lado, os privilegiados - Rei e nobres - que não pagavam tributos, detinham a propriedade da terra e dos meios de produção e recebiam todas as benesses do Estado. De outro lado, os explorados, que trabalhavam em condições desumanas para obter o mínimo necessário à sobrevivência e custeavam o Estado e o luxo nababesco da nobreza com pagamento de impostos cada vez mais pesados e injustos²².

Sempre que o Estado ou a nobreza precisava de recursos para financiar suas necessidades, luxos e abusos, os mesmos contribuintes arcavam com o aumento na taxação dos tributos ou com a criação de novo tributo. Não havia alargamento da base de tributados. Tal situação levava os contribuintes a um estado de intensa penúria, de extrema necessidade, de comprometimento da própria sobrevivência e de suas famílias. Tudo ou quase tudo o que ganhavam era confiscado, em forma de tributo, para custear o Rei e seus asseclas privilegiados²³.

²⁰ VOVILLE, Michel. *A Revolução Francesa, 1789-1799*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo - SP: Editora Unesp, 2012, p. 2.

²¹ VOVILLE, Michel. *A Revolução Francesa, 1789-1799*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo - SP: Editora Unesp, 2012p. 5.

²² VOVILLE, Michel. *A Revolução Francesa, 1789-1799*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo - SP: Editora Unesp, 2012 p. 10-18.

²³ SOBOUL, Albert. *A Revolução Francesa*. Tradução de Helio de Pólvora. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1946. p. 75-79.

Cobrava-se demasiada e desproporcionalmente tributos de uma parcela da sociedade que pouco ou nada recebia do Estado em serviços e benfeitorias, vez que o resultado desta cobrança injusta destinava-se a financiar principalmente aqueles que gozavam o privilégio da isenção tributária²⁴.

Após estudar os diversos modelos tributários e analisar a relação entre a incidência de tributos e a liberdade, Montesquieu²⁵ fez as seguintes observações no tocante ao financiamento dos gastos do Estado:

As rendas do Estado são uma parcela que cada cidadão dá de seu bem para ter a segurança da outra ou para fruí-la agradavelmente. Para fixar corretamente essas rendas, cumpre considerar as necessidades do Estado e as necessidades dos cidadãos. Não se deve tirar das necessidades reais do povo para suprir as necessidades imaginárias do Estado. Necessidades imaginárias são as exigidas pelas paixões e fraquezas dos que governam, a atração de um projeto extraordinário, o desejo doentio de uma glória inútil e uma certa impotência do espírito contra os caprichos. Amiúde, os que, com um espírito inquieto, estavam na direção dos negócios sob o governo do príncipe julgaram que as necessidades do Estado eram as necessidades de suas almas insignificantes. A sabedoria e a prudência devem regulamentar tão bem como a porção do que se retira e a porção que se deixa aos súditos.

Além da injustiça fiscal, havia também a concentração das terras e dos meios de produção nas mãos de uma minoria privilegiada. A França de 1789 registra 85% (oitenta e cinco por cento) da população no meio rural e aproximadamente 40% (quarenta por cento) das terras sob o domínio dos nobres ou clérigos. Rei, nobres e clérigos detinham a maioria das terras e dos meios de produção, ficando as demais ordens totalmente marginalizadas e ao bel prazer do poder absoluto do Monarca, que concentrava em si todas as funções estatais.

²⁴ SOBOUL, Albert. A Revolução Francesa. Tradução de Helio de Pólvora. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1946. p. 82-83.

²⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 241.

Desde o reinado de Luís XIV, que foi o Rei da França e Navarra a partir de 1643, por 72 anos, o campesinato francês passou a possuir cada vez maiores extensões de terra. No derradeiro capítulo do Antigo Regime, o campesinato possuía aproximadamente 40% (quarenta por cento) do território francês, conforme registra Michel Vovelle na obra “A Revolução Francesa, 1789-1799”.²⁶ Isto lhe deu muita força e o campesinato exerceu papel decisivo na derrubada do Antigo Regime.

A burguesia, outra força importante na derrocada do Antigo Regime, adquiriu e era detentora de grande extensão de terras e de muitos títulos nobiliárquicos em 1789. Tal nobilitação da burguesia ocorreu porque o Monarca foi obrigado a criar outras fontes de custeio para os seus altíssimos gastos pessoais e de sua corte, valendo-se, em larga escala, da venda de títulos nobiliárquicos e de cargos públicos.

Sobre as características do Absolutismo, Edilson Pereira Nobre Júnior, no artigo “*Uma História do Direito Administrativo: Passado, Presente e Novas Tendências*”²⁷, escreveu:

Ancorado no conceito básico de soberania, o Estado absoluto notabilizou-se pela intensa concentração de poder nas mãos do Rei, na qualidade de protetor do reino, operada mediante um complexo hierarquizado de agentes e sob um sólido lastro financeiro. Nessa qualidade, em torno daquele se concentraram todas as competências estatais, inclusive a distribuição da justiça, cabendo às demais autoridades o exercício de atribuições em virtude de delegação.

O modelo estatal em questão não se distinguiu apenas pela concentração de poder em favor do soberano, mas, sim, por representar um forte aparato de dominação social, intervindo, por sua burocracia, em todas as manifestações da coletividade. A economia, a educação, a cultura e a religião passaram a ser alvos de regulamentação real.

Esta concentração do Poder e das funções do Estado na pessoa do Monarca, que era considerado o Deus encarnado e o Estado personificado²⁸,

²⁶ VOVELLE, Michel. *A Revolução Francesa, 1789-1799*; tradução Mariana Echalar. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 6.

²⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências*. BDA - Boletim de Direito Administrativo - Novembro /2005, p.1229-1247.

contribuiu para uma série de abusos nos gastos dos recursos obtidos pela tributação excessiva e injusta dos que não detinham o privilégio da isenção fiscal. Além do mais, praticamente apenas o Rei e os nobres que viviam na Corte recebiam os favores, as benesses e os serviços do Estado.

Tal situação revoltou gradativamente a burguesia, que estava cada vez mais rica, o campesinato, que em 1789 detinha considerável extensão de terras, e parte da nobreza falida e menos aquinhoadada pelo Rei com isenções e favores. Esses acontecimentos contribuíram para que Montesquieu, inspirado nas ideias de John Locke²⁹, desenvolvesse a sua Teoria da Separação dos poderes.

John Locke defende na obra *Two Treatises of Government* que o Estado e o poder político são fatos convencionais, uma vez que os homens, que viviam livres e iguais na natureza, estabeleceram um pacto e constituíram uma sociedade política. Conforme Ana Paula Z. Carvalhal³⁰, o escopo dos homens ao constituírem essa sociedade política

era desfrutar de sua propriedade em paz e segurança e, para isso, é estabelecido o poder legislativo, poder supremo da sociedade política, escolhido e nomeado pelo público, a quem cabia elaborar as leis com o consentimento da sociedade. Como constituiria ‘uma tentativa demasiado grande para a fragilidade humana’ que as mesmas pessoas que tivessem o poder de elaborar as leis, também tivessem meios de executá-las, e considerando a necessidade de um poder permanente para cuidar dessa função, aconteceria a separação dos poderes legislativo e executivo.

Convicto de que todo aquele que detém o poder dele abusa, Montesquieu, muito mais que tratar sobre a separação dos poderes (funções) do Estado, estabeleceu mecanismos de controles, freios e contrapesos entre os

²⁸ É atribuída a Luís XIV, também conhecido como Rei Sol, a famosa frase “*l’État c’est moi*”, isto é, O Estado sou eu.

²⁹ Marcelo Caetano afirma que John Locke foi o pioneiro a formular, nos tempos modernos, a teoria da separação dos poderes (CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. 6ª edição revisada e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2003, p.190).

³⁰ CARVALHAL, Ana Paula Z. *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia. Homenagem ao Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O princípio da separação dos poderes na Constituição e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo - 2011, p. 624.

poderes, para impedir a prevalência de um sobre os demais e a tirania do Estado contra o povo.

O Capítulo VI do Livro Décimo Primeiro de “*O Espírito das Leis*”, demonstra esta preocupação de Montesquieu com a concentração dos poderes (funções estatais) nas mãos de apenas uma pessoa³¹:

Tudo estaria perdido se o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Montesquieu³² preocupou-se, principalmente, em definir um sistema de controle e limitações entre os poderes, gerando, com isso, garantia e proteção para a liberdade. Ana Paula Z. Carvalhal³³ sintetizou assim o sistema de separação e limitação dos poderes elaborado por Montesquieu:

“Em outras palavras: o travamento do poder – de modo a prevenir o absolutismo - era obtido não pela ‘separação de poderes’ (expressão nem sequer empregada por Montesquieu), mas sim, sobretudo, por meio do exercício compartilhado e recíproco das faculdades de estatuir e de impedir entre Rei, câmara alta e câmara baixa. Em havendo acordo entre esses três poderes, o Estado andaria. Do contrário, ‘travaria’.”

Ainda sobre Montesquieu, a importância e a influência da sua teoria da separação dos poderes, vale a pena reproduzir a observação de Raoni Bielschowsky³⁴:

³¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 119.

³² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 118-119.

³³ CARVALHAL, Ana Paula Z. *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia. Homenagem ao Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O princípio da separação dos poderes na Constituição e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo - 2011, p. 627.

³⁴ BIELSCHOWSKY, Raoni. *O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes. Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa*. Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 49. Nº 195. Junho/setembro - 2012, p. 273-274.

É no Livro Décimo-Primeiro, mais especificamente no Capítulo VI, nomeado Da constituição da Inglaterra, que Montesquieu descreve seu modelo tripartidite de separação dos poderes. Pouco importa se esse modelo de separação apresentado foi realmente original ou se apenas representou uma mera descrição da realidade inglesa, ou ainda, se ele já fora mais bem ou mais mal descrito por autores pretéritos - o fato é que a construção da separação dos poderes ali descrita é até hoje a base daquela adotada pelos Estados ocidentais. Como já foi dito, desde a antiguidade já se reconhecia a existência de diversas funções estatais, mas a não acumulação dessas funções na mão de apenas um governante/ instituição não era preocupação recorrente na formação do Estado até a Guerra Civil Inglesa.

Comentando a função da teoria da separação dos Poderes em Montesquieu, especialmente no tocante à prevenção da arbitrariedade por parte do Estado contra os cidadãos, Pedro Roberto Decomain³⁵ leciona:

A função da teoria, portanto, espelhada na Constituição inglesa (relembre-se que Montesquieu entendia também que o objetivo direto do Estado inglês consistia na liberdade política), era a de preservar a liberdade de cada um, evitando que o Estado pudesse tornar-se despótico.

Anderson Sant' Ana Pedra, no artigo *“Por uma ‘separação de poderes’ à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu - Uma conta que não fecha”*³⁶, também afirma que a maior preocupação de Montesquieu, ao formular a sua teoria da separação dos poderes, foi *“promover a proteção da liberdade do indivíduo (...)”* em relação à arbitrariedade do Estado.

Além da divisão dos Poderes do Estado, que teve como objetivo primordial retirar do monarca a titularidade da totalidade das funções estatais e evitar o arbítrio, a atividade legislativa passou a ser exercida por uma assembleia que representava os cidadãos franceses.

³⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Separação dos Poderes, Políticas Públicas e Poder Judiciário*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) nº 129. Dezembro de 2013, p. 83-95.

³⁶ PEDRA, Anderson Sant' Ana. *Por uma “separação de poderes” à brasileira: Constituição de 1988 e a Teoria Tripartite de Montesquieu - Uma conta que não fecha*. Interesse Público, ano 15, nº 78, mar./abr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 119.

Outrossim, também pode ser creditado à Revolução francesa o nascimento do Direito Administrativo, conforme destaca Ernest Forsthoff³⁷:

O Direito Administrativo é, com efeito, uma das disciplinas mais modernas dentro da ciência do Direito Público: suas origens se encontram no século XIX, e somente alguns precedentes isolados podem ser descobertos em épocas anteriores.

Edilson Pereira Nobre Junior³⁸ ressalta no artigo intitulado “*Uma História do Direito Administrativo: Passado, Presente e Novas Tendências*”, que vários direitos reconhecidos aos cidadãos, como a liberdade, a igualdade e a propriedade, embasados, sobretudo, nas Declarações de Direitos da Virgínia (1786) e do Homem e do Cidadão (1789), nas primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América e nas Constituições do Estado Francês de 1791 e 1793, praticamente obrigaram a submissão da Administração Pública à lei.

O Direito Administrativo passou a ser organizado sistematicamente e, em especial, com o funcionalismo público submetido a controles hierárquicos e recrutado com esteio no mérito; com a execução de obras e serviços públicos por corpos funcionais especializados; com a obrigatoriedade de prestação de contas por todo agente público³⁹, e com o reconhecimento da competência do Conselho do Estado para dirimir os conflitos administrativos.

O novo Estado francês que surge com a queda do Antigo Regime foi marcado por momentos iniciais dramáticos, violentos e de profunda instabilidade social e política. Basta lembrar o intenso trabalho dos carrascos que operaram a guilhotina, os quais decapitaram desde o Rei Luís XVI e a Rainha Maria Antonieta, até revolucionários de primeira linha, como Danton, Robespierre, Camille

³⁷ FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madri: Institutos de Estudos Políticos, 1958, p. 70.

³⁸ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências*. BDA - Boletim de Direito Administrativo - novembro 2005, p. 1236.

³⁹ O artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789): “A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”.

Desmoulins e Claude Fauchet, bem como a disputa raivosa entre girondinos e jacobinos para permanecerem no poder.

Essa nova França, que deixa para trás o Absolutismo e o Feudalismo, nasce sob o regime das ideias liberais pregadas por Montesquieu e Rousseau, entre outros, e dos valores de liberdade, igualdade e fraternidade. É uma novel nação onde os direitos fundamentais de primeira geração dos cidadãos são reconhecidos e garantidos por meio de instrumentos políticos e judiciais; onde os poderes (funções) estatais não estão nas mãos de apenas uma pessoa e na qual os agentes públicos devem atuar sob o manto da legalidade.

Não é demais recordar que os ideais revolucionários inspirados no pensamento iluminista, deram origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, documento que serviu de base e inspiração para as Constituições da França e da quase totalidade das nações do mundo ocidental.

Apesar de tamanha importância histórica e social, o novo Estado francês recebeu de alguns um olhar mais crítico e cético. Nem todos enxergaram nele um arcabouço de liberdades e igualdade. Alexis de Tocqueville⁴⁰, cujo pensamento merece uma análise mais detida, chegou a afirmar sobre o novo regime:

(...) Recuperaram a centralização em suas ruínas e restauraram-na; e como, ao mesmo tempo em que ela se reerguia, tudo o que anteriormente pudera limitá-la ficava destruído, das próprias entranhas de uma nação que acabava de derrubar a realeza viu-se sair subitamente, um poder mais extenso, mais detalhado, mais absoluto do que o que fora exercido por qualquer de nossos reis. (...) O dominador caiu, mas o que havia de mais substancial em sua obra permaneceu em pé; morto seu governo, sua administração continuou a viver;(...)

Alexis de Tocqueville nasceu em 1805, em Paris, França. Em 1831 foi para os Estados Unidos da América objetivando estudar o sistema penitenciário norte-americano. Lá, ele escreveu a obra “A democracia na América”. Atuou

⁴⁰ TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. Organizado por J. P. Mayer; tradução Rosemary Costrek Abílio - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. pág. 229.

profissionalmente como juiz-auditor em Versailles em 1827. Foi eleito deputado em 1839 e, em 1849, foi nomeado Ministro das Relações Exteriores da França. Em 1856 publicou a obra “O Antigo Regime e a Revolução”, *na qual* apresenta uma análise inacabada da Revolução Francesa.

No prefácio⁴¹, Tocqueville afirma que os objetivos do “*Antigo Regime e a Revolução*” são:

- a) Explicar porque a revolução eclodiu na França e não em outro país europeu;
- b) Analisar como a monarquia francesa sucumbiu de forma tão completa e abrupta;
- c) Identificar os traços semelhantes e os dissonantes entre a sociedade nascida com a revolução e a que existia no Antigo Regime.

Os momentos iniciais posteriores à Revolução Francesa (1789) foram bastante conturbados e violentos, gerando uma onda de terror, anarquia e instabilidade em toda a sociedade francesa. Os que formularam os alicerces teóricos da revolução, representantes das classes mais abastadas e preparadas culturalmente, não foram os mesmos que executaram os atos de derrubada do Antigo Regime, que eram a parte mais rude da população francesa. Na obra o “*Antigo Regime e a Revolução*” há o seguinte trecho que retrata a ação do povo francês:

(...) apoderando-se do governo, ele se dispôs a concluir pessoalmente a obra da Revolução. Os livros haviam fornecido a teoria; ele se encarregou da prática e ajustou as ideias dos escritores a seus próprios furores⁴².

Tal fato contribuiu para restauração, de forma ainda mais intensa, da centralização ressuscitada pela Revolução Francesa, conforme afirma Tocqueville⁴³:

⁴¹ TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. Organizado por J. P. Mayer; tradução Rosemary Costrek Abílio - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 45-46.

⁴² TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. Organizado por J. P. Mayer; tradução Rosemary Costrek Abílio - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 227

⁴³ TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. Organizado por J. P. Mayer; tradução Rosemary Costrek Abílio - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 80.

Não nos surpreendamos mais ao ver com que facilidade espantosa a centralização foi restabelecida na França no início deste século. Os franceses de 1789 haviam derrubado os edifícios, mas suas fundações permaneceram na alma dos que o destruíram; e sobre essas fundações foi possível reerguê-lo novamente de uma só vez e construí-lo mais sólido do que nunca antes.

Tenha a Revolução Francesa erigido, sob as luzes do Iluminismo, uma sociedade igual, livre e fraterna, ou, ao contrário, um Estado ainda mais centralizador, o fato indiscutível é que ela influenciou e influencia, até hoje, o Constitucionalismo, especialmente no mundo ocidental. Sobre a importância da Revolução Francesa no Direito Constitucional francês e na tradição normativa do mundo ocidental, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy⁴⁴ faz as seguintes observações:

E também foi na França que grandes temas que marcaram o constitucionalismo foram levados ao limite da discussão. É o caso de teorias que se referem a eventual fracionamento dos poderes. Para Montesquieu, o poder executivo deve estar nas mãos de um monarca porque essa parte do governo, que quase sempre requer uma ação instantânea, é melhor administrada por um, do que por muitos, enquanto o que depende do poder legislativo é frequentemente melhor ordenado por muitos, do que por uma única pessoa (MONTESQUIEU, 2004, p.193). (...)

(...) Foi quando regra negativa de proibição de acúmulo de poderes desenhou definitivamente o conteúdo do princípio do modelo de freios e contrapesos (cf. HAMON, TROPER e BURDEAU, 2005, p. 92). E então começa outra história.

Democrática ou absolutista, como defende Tocqueville, o certo e inquestionável é que a Revolução Francesa proporcionou, na França e em grande número de nações do mundo ocidental, transformações profundas no sistema de governo e na administração pública, bem como no relacionamento do cidadão com o Estado e seus representantes/ agentes. A divisão das funções e o sistema de freios e controles entre os poderes, que se consolidaram com as lições de Montesquieu,

⁴⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O Direito Constitucional Francês*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 1656, 13 jan: 2008. Disponível em: [crtt://jus.com.br/artigos/10851](http://jus.com.br/artigos/10851)>

são fruto da revolução que sepultou de vez o Antigo Regime e que ainda hoje não encontraram substituto à altura.

1.2. Origem da noção de serviço público

Diogo Freitas do Amaral⁴⁵, jurista português, em seu Curso de Direito Administrativo, apresenta uma detalhada e pedagógica evolução histórica da Administração Pública e das atividades executadas em benefício da coletividade nos períodos denominados Estado Oriental (terceiro ao primeiro milênio a.C.), Estado Grego (século VI ao século III a.C.), Estado Romano (século II a.C. ao século IV d.C.), Estado Medieval (século V d.C. ao século XV) e Estado Moderno (século XVI ao século XX). Na obra, ele relata que, desde o Estado Oriental, já era possível notar o esboço de uma administração pública e da execução de atividades e obras visando prestar alguma utilidade material para uma dada coletividade.

A realização de obras para o aproveitamento hidráulico das águas dos rios Tigre e Eufrates, na Mesopotâmia, no período do Estado Oriental, e para o funcionamento de hospitais, bibliotecas e teatros, no Estado Romano, são alguns exemplos citados por Diogo Freitas do Amaral da presença do Estado na execução de obras e atividades visando propiciar benefícios à população.

Ainda que tenham ocorrido tais atuações dos governantes desde o Estado Oriental buscando proporcionar utilidades de interesse coletivo, juristas renomados de diversos países, especialmente da França e da Itália, apontam a Lei do 28 pluviôse do ano VIII (1800) como o ato que deu origem formal ao Direito Administrativo.

A Lei do 28 pluviôse do ano VIII estabeleceu preceitos de organização administrativa e disciplinou a solução de litígios contra o Estado francês, além de consagrar os princípios da hierarquia e da centralização na Administração Pública.

⁴⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, vol. I, 1993 (Evolução histórica da administração pública), pág. 51-71.

Para Zanobini⁴⁶, foi essa lei que “*pela primeira vez deu à Administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória*”.

A Revolução Francesa gerou radical mudança na relação entre o Estado e os cidadãos, os quais passaram a ser titulares de direito subjetivo frente à Administração Pública. Houve também a separação dos Poderes (funções) do Estado e a Administração Pública passou a ser limitada pelo princípio da legalidade. É em razão dessas transformações, que conferiram garantias jurídicas aos administrados frente ao arbítrio do Estado, que nasce o Direito Administrativo e surge a noção de serviço público na França.

No ano de 1805, na França, foi constituído o “Fundo de Perequação”, cujo objetivo era permitir a uniformização dos preços do transporte e entrega de cartas, independentemente da distância. As atividades custeadas pelo referido fundo, mesmo que não pudessem ser classificadas como serviço público, representavam um esboço deste, pois permitiam a prestação de um serviço universal de correios para toda a França, com a mesma tarifa, independentemente da distância percorrida para a entrega da correspondência.

Foi em 1873 com o *Arrêt Blanco* que, pela primeira vez⁴⁷, o Tribunal de Conflitos reconheceu a competência da jurisdição administrativa para decidir as causas resultantes da execução de serviços públicos⁴⁸. Razão pela qual vários doutrinadores adotam referido arrêt (acórdão) como origem para o estudo da noção de serviço público⁴⁹.

O arrêt Blanco foi prolatado em um momento de profundas alterações econômicas, políticas, sociais e jurídicas na França, e coincidiu com o período de transição do Estado liberal para Estado providencia. Este novo modelo de Estado,

⁴⁶ ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo. Milano: Guiffre, 1958, vol I, p. 41.

⁴⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003. p. 27.

⁴⁸ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Poder Público, serviço público: crise e conciliação*. Revista de Direito do Estado – RDE, v. 1, nº 4, out. /dez., 2006. p. 393 - 394.

⁴⁹ JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 22-26.

que chamou a si a responsabilidade da prestação de uma gama de atividades e serviços de interesse e necessidade da sociedade, fincou a sua legitimação no respeito e sujeição à lei e ao Estado Democrático de Direito⁵⁰.

Outro *arrêt* (acórdão) muito importante para o fortalecimento e a disseminação da noção de serviço público no Direito francês, bem como para a sua aceitação como fundamento do direito público, em substituição à ideia de autoridade e soberania - *puissance publique* -, foi o *Arrêt Terrier*, prolatado em 1903, pelo Conselho de Estado francês.

A noção de serviço público formulada no final do século XIX, por juristas renomados e altamente qualificados, tinha por escopo consolidar o incipiente Conselho de Estado francês como juízo especializado em matéria de Administração Pública e de Direito Administrativo⁵¹.

Logo após a jurisprudência ter dado início ao reconhecimento do serviço público como centro do direito público, doutrinadores franceses se encarregaram de construir os alicerces dessa tese, com destaque especial para Léon Duguit e Gaston Jèze, fundadores e expoentes da Escola de Serviço Público de Bordeaux, e para Maurice Hauriou, da Escola de Toulouse.

Na obra *L'Etat: le Droit Objectif et la Loi Positive*⁵², Léon Duguit defende que o Estado deve sujeitar-se sempre ao direito objetivo, bem como atuar na busca do atendimento dos reclames da solidariedade social. Para Léon Duguit⁵³, serviço público seria:

“Toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da

⁵⁰ JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 23-24.

⁵¹ MORAND-DEVILLER, Jaqueline. *Poder Público, serviço público: crise e conciliação*. Revista de Direito do Estado. RDE, v. 1, nº 4, out. dez. 2006, p. 393-394.

⁵² DUGUIT Léon. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. 2ª ed. Paris. Dalloz. 2003.

⁵³ DUGUIT, Léon. *Manual de derecho constitucional*, Granada: Comares, 2005, p. 65.

interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção da força governante.”

Portanto, Duguit adota a concepção objetiva ou material de serviço público ao advogar que o Estado não é titular de autoridade nem de direitos subjetivos e o serviço público deve ocupar o centro do direito público em substituição à ideia de soberania/poder estatal. Para ele, as noções de soberania e de titularidade de direito não se amoldavam à concepção de Estado e deveriam ser completamente abandonadas.⁵⁴

O Estado de Duguit não é um ente soberano, mas, sobretudo, uma capacidade de criar e executar atividades voltadas a satisfazer os interesses e as necessidades da sociedade, tendo por fundamento o que chamou de solidariedade social⁵⁵.

Outro jurista francês de destaque da Escola de Bordeaux foi Gaston Jèze, que, embora considerado sucessor de Duguit, deu um novo enfoque à noção de serviço público adotando uma concepção formal. Para Gaston Jèze⁵⁶

fala-se única e exclusivamente de serviços públicos quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento de serviço público.

Odete Medauar⁵⁷ salienta que a noção de serviço público, tal como foi conformada pela Escola de Serviço Público, tendo como expoentes Léon Duguit e Gaston Jèze, era o ponto central do direito administrativo, vez que o Estado nada

⁵⁴ JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 30.

⁵⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Concepção material de serviço público e Estado brasileiro*. In: Heleno Taveira Tôres (org.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 65.

⁵⁶ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. T.2, Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 19.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. revista e atual. São Paulo: editora revista e atual. dos Tribunais. 2014, p. 361.

mais seria do que um conjunto organizado de serviços públicos sob a responsabilidade dos governantes.

Maurice Hauriou, por sua vez, não adotou a noção de serviço público como único fundamento do direito público, como advogava Duguit, vez que entendia que, para prestar serviço público, o Estado necessitava exercer autoridade. Descrevendo o pensamento de Hauriou, Gilberto Bercovici⁵⁸ afirma que, para o mestre da Escola de Toulouse, a legitimidade do poder do Estado é alcançada e preservada na medida em que presta atividades de grande interesse e necessidade sociais. Todavia, para que isto se torne viável, é necessário que o Estado esteja investido de autoridade, de poder.

Sobre o pensamento de Maurice Hauriou ainda vale a pena reproduzir as lições de Jacqueline Morand-Deville⁵⁹:

O titular da Escola de Toulouse, Maurice Hauriou, na sua teoria da Instituição, não dissocia o binômio poder público, serviço público e justifica o primeiro por sua afetação ao segundo. Um e outro se unem ao fazer do serviço público, a uma só vez, o fundamento e o limite do poder. O serviço público se enraíza nas mentalidades e nas práticas, é a uma só vez uma finalidade, uma atividade e uma estrutura, amálgama que conduziu a seu desenvolvimento por interação: tanto mais as finalidades se desenvolvem, mais elas requerem novas atividades e estruturas.

Infere-se que a noção de serviço público teve sua origem na França pós-revolução, graças, inicialmente, às decisões prolatadas pelo Tribunal de Conflitos - arrêt Blanco - e pelo Conselho de Estado - arrêt Terrier -, que atribuíram competência à jurisdição administrativa para dirimir demandas oriundas da prestação de serviços públicos. Em seguida, coube especialmente aos expoentes das Escolas de Bordeaux - Duguit e Jèze - e Toulouse - Hauriou - o desenvolvimento das bases doutrinárias do instituto.

⁵⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Concepção material de serviço público e Estado brasileiro* In: Heleno Taveira Tôres (org.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 66.

⁵⁹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Poder público, serviço público: crise e conciliação*. Revista de Direito do Estado. RDE, v. 1, nº 4, out. dez. 2006, p. 394.

1.3. Evolução da Noção de Serviço Público no Brasil

As teorias desenvolvidas pelos mestres franceses Léon Duguit, Gaston Jèze e Maurice Hauriou tiveram e ainda têm grande influência no pensamento dos doutrinadores brasileiros e na construção da noção de serviço público no Brasil.

No Império, o direito administrativo estava em seu nascedouro. A expressão serviço público era desconhecida ou não era utilizada pela esmagadora maioria dos juristas. Quem primeiro usou o termo foi Pimenta Bueno em 1857. Todavia não se preocupou em elaborar uma noção.⁶⁰

Para Pimenta Bueno, o Estado tinha o dever de prover todos os serviços e intervenções de que a sociedade necessitasse não se furtando do dever de prestar algum deles. Assim, cabia ao Poder Público executar as diversas atividades que variavam dos serviços de correios ao pagamento de pensões e socorros para vítimas de inundações, incêndios, catástrofes; de campanhas para vacinação da população ao policiamento dos logradouros públicos; ações nas áreas de agricultura, transporte, cultura etc.⁶¹

Além de Pimenta Bueno, dois autores do período colonial também mencionaram em suas obras ações do Estado que podem ser compreendidas como serviços públicos. Um deles é Vicente Pereira do Rego, a quem é atribuída a autoria do primeiro compêndio de Direito Administrativo, *“Elementos de Direito Administrativo”*, publicado em 1857. O segundo é Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, ainda hoje considerado um dos maiores juristas brasileiros, especialmente na área do Direito Público e Constitucional. O Visconde do Uruguai publicou diversos trabalhos parlamentares e jurídicos, entre os quais *“Ensaio sobre o*

⁶⁰ CORRÊA, Paulo José Machado. *A noção de serviço público no direito brasileiro*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 38, p. 52.

⁶¹ BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e a análise da Constituição do Império*. Prefácio do Ministro Seabra Fagundes. Brasília: Senado Federal, 1978. p. 265-283.

Direito Administrativo”, em 1862. Entretanto, nenhum desses autores preocupou-se em formular uma noção de serviço público.⁶²

Vicente Pereira do Rego salienta que a função de “*obrar*” do Estado é realizada com o escopo de atender as necessidades sociais e de produzir uma utilidade pública. Destaque-se da obra de Vicente Pereira do Rego o entendimento que a noção de serviço público varia de época para época de acordo com as necessidades da população e com os contornos que a legislação lhe atribui. É a legislação, em última instância que, representando as aspirações da sociedade, estabelece o que é serviço público.⁶³

Podemos asseverar que no Brasil, ainda no período imperial, o pioneiro na elaboração de uma noção de serviço público foi o Dr. Antonio Joaquim Ribas, conhecido como “*Conselheiro Ribas*”, na obra *Direito Administrativo Brasileiro*⁶⁴, cuja primeira edição é datada de 1866.

Dividindo as funções da Administração Pública em direta (“*de que depende a vida da administração e o preenchimento de sua missão*”) e indireta (as que servem para facilitar o exercício das funções diretas), e fazendo a distinção entre serviço público e função pública, o Conselheiro Ribas formulou a seguinte noção:⁶⁵

Serviço público é a utilidade que por meio dos seus atos alguém presta à sociedade ou à parte dela. Função pública é uma fração do Poder Social; envolve as idéias de autoridade e mando em relação aos interesses do Estado.

No Capítulo V da obra *Direito Administrativo Brasileiro*, Conselheiro Ribas trata das funções espontâneas e jurisdicionais da Administração Pública. No tocante

⁶² CORRÊA, Paulo José Machado. *A noção de serviço público no direito brasileiro*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 38, p. 53.

⁶³ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *Serviço Público no Brasil: origens, evolução e caracterização atual do conceito*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 97, p.32.

⁶⁴ RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça. 1968.

⁶⁵ Ibidem, p. 78-79.

às funções espontâneas, apresenta a seguinte classificação: de órgão de instrução; de instrumento de operações puramente materiais; de poder ou força moral e de autoridade positiva.⁶⁶

Ao tratar da atuação da Administração Pública como instrumento de operações puramente materiais, Conselheiro Ribas descreve ações desempenhadas pelo Estado com a finalidade de prestar utilidade à sociedade, citando, entre outras, as seguintes atividades: construção e reparos em obras públicas e edifícios; instituição de bibliotecas; construção e reparo de estradas, pontes, calçadas e obras hidráulicas, etc.⁶⁷

Ressalte-se, de início, que durante o Império foi quase inexistente a preocupação dos nossos juristas com a noção de serviço público. Entretanto, José Cretella Junior⁶⁸ destaca que no período republicano quem primeiro tratou do tema com mais atenção foi o engenheiro Aarão Reis, catedrático da Escola Politécnica da Universidade do Rio de Janeiro, na obra *Direito Administrativo Brasileiro*, publicada em 1923, ligando a noção de serviço público à satisfação de necessidades de ordem pública.

Para Aarão Reis, os serviços públicos são atividades de que se vale o Estado para desincumbir-se de sua missão social e podem ser classificados da seguinte forma: “*serviços de defesa*”, “*serviços de garantia*” e “*serviços de prosperidade*”.⁶⁹

Os serviços de “*defesa*” e de “*garantia*” visavam dar segurança à pátria, aos cidadãos e manter a ordem e tranquilidade públicas. Já os “*serviços de*

⁶⁶ RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, 1968, p. 86.

⁶⁷ RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, 1968, p. 93-94.

⁶⁸ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. O pessoal da administração pública. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. IV, 2005. p. 22 (Capítulo II).

⁶⁹ REIS, Aarão. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas Villas-Boas. 1923, p. 361.

prosperidade” objetivavam, entre outras atividades, proporcionar utilidades materiais à sociedade promovendo a⁷⁰

(...) *gradual e incessante elevação do nível médio generalizado do conforto e do bem estar dos cidadãos, por meio da crescente prosperidade material, intelectual e moral da nação, preparando e aperfeiçoando, sem cessar, a circulação, impulsionando por todos os meios e modos a produção, facilitando, quanto e como possível, a expansão do comércio, animando e provocando o processo industrial, disseminando e aperfeiçoando a instrução popular, amparando as descobertas científicas e suas variadíssimas aplicações práticas, estimulando as artes e aperfeiçoando os ofícios, velando, patrioticamente, pela educação física e moral das novas gerações (...).*

As Constituições brasileiras de 1824 (imperial) e de 1891 (republicana) não trouxeram expressamente o termo “*serviço público*”. Entretanto, isto não impediu que elencassem uma série de ações estatais que posteriormente foram qualificadas como serviços públicos.⁷¹

Carlos Bastide Horbach, no artigo intitulado “*Os princípios do serviço público na França e no Brasil*”⁷², observa que o direito administrativo brasileiro teve sua origem normativa na Constituição Imperial do Brasil de 1824, cujo texto foi inspirado na Constituição da França de 1814. Assevera também que a principal obra do século XIX, “*Ensaio sobre Direito Administrativo*” (1862), de autoria de Visconde do Uruguai, é fruto de estudos do autor sobre os principais textos franceses de direito administrativo, que, à época, tinha como centro os serviços públicos.

Os textos constitucionais brasileiros, até 1934, foram influenciados pelo liberalismo, razão pela qual o Estado exercia poucas atividades para propiciar

⁷⁰ REIS, Aarão. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas Villas-Boas. 1923, p. 362.

⁷¹ CORRÊA, Paulo José Machado. *A noção de serviço público no direito brasileiro*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 38, 2012, p. 50.

⁷² HORBACH, Carlos Bastide. *Os princípios do serviço público na França e no Brasil*. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 550. ISBN 978-85-7700-785-1.

utilidades para a sociedade, deixando por conta da iniciativa privada essas ações. A expressão “*serviço público*” surge pela primeira vez no texto constitucional com a Carta de 1934, especificamente em seus artigos 135⁷³, 136⁷⁴ e 142⁷⁵ aparecendo depois em todas as demais Constituições nacionais (1937, 1946, 1967, 1969 e 1988).

A partir de 1930, com o início do Governo Vargas e o surgimento do Estado de bem-estar social no Brasil, houve uma intervenção crescente do Poder Público nas atividades econômicas. Naquele cenário, influenciados pelos expoentes franceses da Escola de Serviço Público - Duguit e Jèze -, outros brasileiros começaram a formular uma noção de serviço público.

Na década de 30 do século XX destaca-se a elaboração doutrinária de dois autores para a elaboração da noção de serviço público:⁷⁶

- a) Em 1933, na obra “*Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*”⁷⁷, Mário Masagão elabora uma noção de serviço público ampla e genérica, abarcando, inclusive, atividades de segurança e ordem públicas e de distribuição de justiça, ou seja, tudo o que o Estado executasse para cumprir suas finalidades era considerado serviço público;

⁷³ Art. 135. A lei determinará a percentagem de empregados brasileiros que devam ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão, e nos estabelecimentos de determinados ramos de comércio e indústria.

⁷⁴ Art. 136. As empresas concessionárias ou os contratantes, sob qualquer título, de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, deverão:

- a) Construir as suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros.
- b) Conferir, quando estrangeiros, poderes de representação a brasileiros em maioria, com facilidade de substabelecimento exclusivamente a brasileiros;

⁷⁵ Art. 142. A União, os Estados e os Municípios não poderão dar garantia de juros a empresas concessionárias dos serviços públicos;

⁷⁶ CORRÊA, Paulo José Machado. *A noção de serviço público no direito brasileiro*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 38, 2012, p. 59-60.

⁷⁷ MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo - SP. Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, editores . 1933. p. 21-25.

- b) Em 1934, Luiz de Anhaia Mello efetuou uma análise econômica dos serviços públicos brasileiros, porém sem dedicar-se com mais entusiasmo à elaboração de uma noção.

Ressalte-se ainda, na década de 30, a importantíssima contribuição de Ruy Cirne Lima na elaboração da noção de serviço público, destacando o seu aspecto material, isto é, o oferecimento, por parte do Poder Público, direta ou indiretamente, de um serviço útil e necessário à existência da vida em sociedade.

Cirne Lima⁷⁸ define serviço público como:

“todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”.

A definição elaborada por Cirne Lima é de concepção material e recebeu forte influência da noção formulada por Léon Duguit⁷⁹. Cirne Lima destaca que, para ser classificada como serviço público, determinada atividade deve ser indispensável à satisfação do interesse geral, ser de titularidade do Estado, vez que apenas este é capaz de bem zelar, atender as mais importantes necessidades da coletividade e ter por finalidade a promoção do bem comum e o desenvolvimento da sociedade.⁸⁰

Para que o serviço público fosse prestado com eficiência, de modo a atender positivamente as necessidades da sociedade, Cirne Lima defendia que as seguintes garantias deveriam ser observadas:⁸¹

⁷⁸ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 203-204.

⁷⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Concepção material de serviço público e Estado brasileiro*. In: Heleno Taveira Tôres (org.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 69.

⁸⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Concepção material de serviço público e Estado brasileiro*. In: Heleno Taveira Tôres (org.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 210.

⁸¹ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *Serviço público no Brasil: origem, evolução e caracterização atual do conceito*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 97, p. 34-35.

- a) A administração das empresas concessionárias de serviços públicos deveria ser exercida majoritariamente por brasileiros;
- b) O lucro não poderia ser o fim almejado pelo serviço público;
- c) Não interrupção dos serviços em razão de falência das empresas concessionárias.

Em seu *“Tratado de Direito Administrativo”*, de 1942, Themistocles Brandão Cavalcanti filia-se à tese advogada por Gaston Jèze e realça o elemento formal da noção de serviço público. Para Themistocles Cavalcanti o serviço público deve ser regulado pelo direito público, tendo o Estado como seu controlador e regulador, além de gozar da titularidade de determinadas prerrogativas para bem atender as necessidades da sociedade. Todavia, adverte referido autor, que nem toda atividade que o Estado exerce deve ser qualificada como serviço público, excluindo dessa classificação aquelas destinadas ao funcionamento da própria estrutura do Poder Público.⁸²

Daquela época à atualidade, ocorreram profundas alterações na organização e atuação do Estado, no direito público e na noção de serviço público. A crise econômica que se abateu sobre o Brasil na segunda metade do século XX, especialmente no final da década de 70, colocou o Estado Intervencionista em xeque, especialmente com o surgimento de um movimento que visava a redefinição do papel e das responsabilidades do Estado.

A década de 90 foi um marco na redefinição do papel do Estado e, como consequência, do serviço público. O Poder Público, que havia assumido a responsabilidade pela prestação de um grande número de atividades essenciais ou úteis ao cidadão, inclusive de natureza econômica, não mais consegue prestá-las com eficiência, haja vista que não dispõe de recursos financeiros, tecnológicos e

⁸² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo. Do serviço público - execução direta - autarquia-economia mista - concessão*. - Rio de Janeiro - RJ : Livraria Freitas Bastos S.A., 1964. v. II. p. 59.

humanos para tanto. De provedor, o Estado passa a regulador, afastando-se de atividades que a iniciativa privada possa desincumbir-se com melhor eficiência.

CAPÍTULO 2

Crises da Noção de Serviço Público

Desde o seu nascedouro, no século XIX, na França, a noção de serviço público sofreu diversas alterações. Pelo menos três critérios foram utilizados em sua formulação: o formal, o material e o subjetivo.

Pelo critério formal somente a legislação pode qualificar determinada atividade como serviço público. Os que defendem o critério subjetivo entendem que o Poder Público detém exclusividade da prestação do serviço público. Finalmente, com esteio no critério material, toda atividade qualificada como serviço público deve proporcionar uma utilidade importante ou essencial para uma dada coletividade.

Algumas noções de serviço público foram erigidas com a combinação desses três critérios. Dessa forma, serviço público seria uma atividade qualificada em lei como tal, executada pelo Estado, com o escopo de atender uma necessidade material da sociedade.

Ocorre que, em razão de transformações políticas, econômicas e sociais que ocorreram desde o século XIX, nem sempre a combinação desses três critérios foram suficientes para a formulação da noção de serviço público. E foram exatamente as críticas a um ou mais desses critérios que levaram alguns doutrinadores a vislumbrarem crise do serviço público.

2.1 - Primeira crise da noção de serviço público

A noção de serviço público nasceu na França, no final do século XIX, em pleno Estado Liberal, primeiramente em razão de decisões judiciais - arrêts Blanco e Terrier - e, em seguida, pelo trabalho dos doutrinadores das Escolas de Bordeaux - Duguit e Jèze - e de Toulouse - Hauriou.

No início, era comum a combinação dos critérios objetivo, subjetivo e formal para a elaboração da noção de serviço público, que consistia em atividades executadas pelo Estado, reguladas pelo direito público, que visavam atender um interesse coletivo importante.

A combinação de tais critérios para a elaboração da noção de serviço público foi muito utilizada na constância do liberalismo, quando as atuações estatais para o atendimento das demandas sociais eram bastante tímidas. Todavia, o Estado começou a ampliar o rol das atividades que exercia como serviço público, abrangendo, inclusive, as de natureza comercial e industrial⁸³.

O crescimento das atividades que o Estado passou a desenvolver como serviço público foi bem maior que sua capacidade de executá-las diretamente. Por isso, passou a delegar a execução de tais serviços à iniciativa privada, num primeiro momento, e, em seguida, a empresas estatais criadas para este fim específico (empresas públicas e sociedades de economia mista)⁸⁴.

Tal situação levou vários autores⁸⁵, entre eles Jean-Louis de Corail, Charles Eisenmann, Jean-Denis Bredin e Jean Rivero, a afirmarem que a noção de serviço público estava em crise⁸⁶, haja vista que o Estado não mais era capaz de prestá-lo diretamente e o seu regramento não ocorria apenas com normas de direito público, descaracterizando, assim, os elementos subjetivo e formal da noção formulada originalmente⁸⁷.

⁸³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. p. 53.

⁸⁴ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e pareceres)*. 1º v. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda, 1997. p. 721-727.

⁸⁵ GROTTI, op. cit, p. 57-58.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 106.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 105-106.

Vê-se, assim, que o modelo de Estado é fator essencial na formulação da noção de serviço público. No Estado liberal, a Administração Pública era enxuta e reduzida, limitando-se à execução de atividades relacionadas à segurança pública, distribuição da justiça, diplomacia, defesa territorial, etc. O Estado não desenvolvia atividades importantes para a coletividade quando os particulares pudessem prestá-las a contento.

Com a Revolução Industrial e a exploração cada vez maior e mais desumana da mão de obra pelo capital, as doutrinas socialistas encontraram campo fértil para se desenvolver. O Estado, antes pequeno e com reduzida atuação, começa a crescer e a executar atividades que antes eram reservadas aos empresários.

As Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 (Weimar) praticamente sepultaram o liberalismo em seus países e implantaram o Estado do bem estar social, que exigia uma Administração Pública maior e mais complexa, especialmente para socorrer a população mais carente das graves necessidades sociais deixadas pela Primeira Grande Guerra Mundial⁸⁸.

Com o término da Segunda Grande Guerra Mundial, as situações social, política e econômica das nações, especialmente as envolvidas diretamente no conflito, agravaram-se, obrigando o Estado a expandir ainda mais as atividades caracterizadas como serviços públicos, as quais passaram a abranger inclusive as de natureza comercial e industrial⁸⁹.

Estado com Administração Pública grande e complexa, atuando em uma gama de atividades, inclusive econômicas, regidas por regramento antes empregado apenas nas relações privadas, e desconsideração do serviço público como critério

⁸⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. p. 64.

⁸⁹ CORRÊA, Paulo José Machado. *A noção de serviço público no direito brasileiro*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 38, 2012, p. 46-47.

para a definição da jurisdição (administrativa), abalaram consideravelmente a noção erigida no período liberal.⁹⁰

É importante perquirir se realmente o serviço público quedou-se ao que alguns doutrinadores qualificaram como “crise” (1ª crise), ou se de fato o que ocorreu foi uma adaptação dos seus requisitos constitutivos para permitir sua evolução com o objetivo de atender as modificações experimentadas pelo próprio modelo de Estado.

Parece-nos que a segunda hipótese representa o que ocorreu com a noção de serviço público, ou seja, foi se adaptando para adequar-se ao modelo de Estado e às necessidades sociais. Na realidade o erro estava em acreditar que a noção de serviço público formulada logo após a Revolução Francesa, com seus critérios rígidos e ocupando uma posição central no direito administrativo, fosse imutável, permanente.

Um dos erros foi reconhecer o serviço público como o próprio Direito Administrativo, ou mesmo colocá-lo na posição central desse campo específico das ciências jurídicas. O serviço público é apenas mais um dos institutos objeto do Direito Administrativo. Não se pode deixar de reconhecer que é um instituto importantíssimo, especialmente para a Administração Pública, mas não o único nem o central. Todavia, o fato de não ser mais apontado como a pedra de toque do Direito Administrativo, não retira do serviço público a sua importância para o Estado e para a sociedade, nem abala o seu reconhecimento como noção jurídica.

Portanto, não ocorreu uma crise da noção de serviço público, nem a desconsideração de sua importância para o Direito Administrativo, mas a evolução do instituto de modo a adequá-lo às metamorfoses experimentadas pelo Estado. Desta forma, todas as vezes que o modelo de Estado se alterou, o tipo de economia

⁹⁰ CORRÊA, Paulo José Machado. *A noção de serviço público no direito brasileiro*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 38, 2012, p. 45-48.

sofreu modificações e as instituições políticas e sociais necessitaram atuar de forma diferente. Assim, natural que o serviço público também experimentasse transformações em seus critérios, regramentos e modo de execução.

2.2 - Segunda crise da noção de serviço público

Após a suposta 1ª Crise, que apenas foi a evolução do instituto do serviço público para se adequar às necessidades das modificações experimentadas pelo modo de atuar do Estado e pelo modelo econômico, alguns doutrinadores, como exemplo, Gaspar Ariño Ortiz⁹¹, voltaram a falar em uma possível nova crise⁹² da noção de serviço público⁹³.

Depois das duas Grandes Guerras Mundiais, o Estado experimentou um crescimento intenso em sua estrutura e chamou a si a responsabilidade pela prestação de um grande número de atividades qualificadas como serviço público, inclusive de natureza comercial e industrial. Entretanto, esse enorme volume de novas atividades para atender as demandas sociais sempre crescentes, fizeram com que o Estado perdesse a capacidade de investimento e se tornasse ineficiente na execução dos serviços públicos.

Dessa forma, inverte-se o pêndulo⁹⁴. O Estado necessita enxugar sua estrutura e atrair parcerias que detenham capital, tecnologia e mão de obra especializada para bem executar os serviços que a sociedade tanto demanda e necessita, os quais devem ser prestados com eficiência e economicidade. Vê-se, em

⁹¹ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Significado actual de la noción des servicio público*. In: ORTIZ, Gaspar Ariño. GARCIA-MORATO, Lucia López de Castro (coord). *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 23.

⁹² BARATIERI, Noel Antônio. *Serviço público na Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 79-80.

⁹³ VALLE, Vivian Cristina Lima López. *O novo conceito de serviço público*. In: Guimarães, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 534-535.

⁹⁴ TÁCITO, Caio. O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: RJ. Volume 202. out/dez. 1995. p. 9-10.

todo o mundo, o fenômeno da desestatização com o Estado entregando diversas atividades, especialmente de natureza econômica, à iniciativa privada.⁹⁵

A 2ª crise nasceu com as transformações políticas, econômicas e jurídicas ocorridas em razão da criação da União Europeia, especialmente com a introdução da livre iniciativa e da concorrência em campo no qual antes reinava a atuação estatal.

Começa a haver a substituição da expressão “*serviço público*” por “*serviço de interesse econômico geral*”, que já havia sido utilizada no Tratado de Roma em 1957. A partir da década de 70 do século XX, intensifica-se a participação da iniciativa privada no fornecimento de serviços públicos antes oferecidos apenas pelo Estado, que passa a atuar apenas quando os particulares não conseguem desincumbir-se satisfatoriamente de seus deveres, conforme estabelece o Tratado de Amsterdam de 1997⁹⁶.

Atualmente, na União Europeia, as atividades que antes eram prestadas sob a denominação de “*serviços públicos*” passaram a ser executadas e normatizadas tendo por referência a noção de “*serviço de interesse econômico geral*”. Assim, a livre iniciativa passa a ser um dos pilares centrais da relação entre o Estado, empresas prestadoras de serviços de interesse econômico geral e a sociedade (usuários), e atua como barreira inibidora da atuação estatal.

São basicamente três as diferenças entre “*serviços públicos*” e “*serviços de interesse econômico geral*”. A primeira diferença é que, normalmente, “serviços de interesse econômico geral” são oferecidos no mercado, em regime de concorrência, tendo por contraprestação um preço. Ocorre assim o que se denomina de mercadorização do serviço público. A segunda diferença consiste na atuação do

⁹⁵ CORRÊA, Paulo José Machado. *A Noção de serviço público no direito brasileiro*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 38, 2012, p. 47.

⁹⁶ MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia*. Revista de Direito Público da Economia, v. 1, n. 1, jan./mar. 2003. p. 239.

Estado apenas subsidiariamente para corrigir falhas do mercado. A terceira, no fato dos usuários dos serviços serem qualificados como consumidores, os quais passam a dispor de livre escolha em relação aos prestadores de serviços, geralmente empresas privadas⁹⁷.

A falta de utilidade ou o desuso de um instituto jurídico pode levar à sua crise. Ao empreendermos uma análise do que está ocorrendo na União Europeia no tocante ao serviço público, pode-se realmente vislumbrar o seu desprestígio, ou, pelo menos, a sua desvalorização, especialmente quando se compara com os “*serviços de interesse econômico geral*”. Mas mesmo assim, mesmo na realidade atual da União Europeia, a noção de serviço público ainda revela-se útil para o Direito Administrativo, especialmente após a década de 90 do século passado quando a atuação estatal passou a ser reconhecida como essencial para promover as correções necessárias para que a sociedade não sucumba às regras de mercado (livre iniciativa e concorrência) quando estas não estiverem em harmonia com o interesse público⁹⁸.

Percebe-se que, na União Europeia, os serviços públicos são oferecidos pelo Estado apenas subsidiariamente, ou seja, quando o mercado não é capaz de satisfazer as necessidades sociais com a aplicação das próprias regras: concorrência, livre iniciativa e regramento pelo direito privado.

Tratado especialmente na Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, de 1891, com alterações patrocinadas pelas Encíclicas *Quadragesimo Anno* do Papa Pio XI, *Mater et Magistra* do Papa João XXIII e *Centesimus Annus* do Papa João Paulo II, e reverenciado no final do século passado pelo Direito Constitucional, o **princípio da subsidiariedade** se opõe à intervenção exagerada do Estado no

⁹⁷ MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia*. Revista de Direito Público da Economia, v. 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 239-240.

⁹⁸ BARATIERI, Noel Antonio. *Serviço Público na Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 184.

mercado quando os serviços de interesse e de necessidade da sociedade puderem ser executados eficientemente pelo setor privado⁹⁹.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, na União Europeia a aplicação do princípio da subsidiariedade transferiu, do Estado para a iniciativa privada, a titularidade de alguns serviços essenciais ou importantes para a sociedade, que passaram a ser prestados na forma de serviço de interesse econômico geral.

No Brasil esta suposta 2ª crise está ainda mais distante. Apesar de a noção de serviço público ter sofrido alterações ao longo da história para se adaptar às mudanças provocadas pela política e pela economia, o regramento pátrio, sobretudo a Constituição Federal, praticamente ligou umbilicalmente os serviços públicos ao Estado, tornando-os muito presentes e intensos no dia a dia da sociedade.

Por força do artigo 175 da norma constitucional, cabe ao Poder Público, direta ou indiretamente, a prestação dos serviços públicos, muitos, inclusive, em regime de monopólio. Pode-se afirmar, sem qualquer temor, que, atualmente, nem mesmo a França, berço da noção, que luta bravamente por preservá-la, tem regras tão rígidas quanto ao atrelamento dos serviços públicos ao Estado como ocorre no Brasil¹⁰⁰.

Desse modo, se nem mesmo na União Europeia é possível sentenciar a crise da noção de serviço público, muito menos tal fato pode dar-se no Brasil, onde os serviços públicos representam atividades importantes para a coletividade, são regradas preponderantemente por normas de direito público, e tem no Estado o responsável pela sua prestação, tudo isso sob a batuta da Constituição Federal.

⁹⁹ GUNTHER, Luiz Eduardo. SANTOS, Willians Franklin Lira dos Santos. *A encíclica rerum novarum e o princípio da subsidiariedade*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 37, nº 68, jan./jun. 2012. p. 98-100.

¹⁰⁰ SILVA, Almiro do Couto e. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira?* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro - RJ: Editora Renovar Ltda. Out./Dez. 2002. v. 230. p. 73.

CAPÍTULO 3

Princípios do Serviço Público

Vários são os princípios, explícitos e implícitos, que regem o direito administrativo e, por consequência, a Administração Pública brasileira, com destaque para os previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal:¹⁰¹ legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Para fins deste trabalho, adotaremos a definição de “*princípios*” elaborada por Carlos Bastide Horbach no artigo *Os princípios do serviço público na França e no Brasil*¹⁰²:

(...) conjunto desses cânones genéricos, com valor normativo sim, que informam, orientam, norteiam a criação e a interpretação das regras sobre esse âmbito de disposição do Direito Administrativo.

Além dos princípios gerais que devem reger todas as atividades da Administração Pública, a doutrina destaca princípios específicos que orientam os serviços públicos.

Carlos Bastide Horbach¹⁰³ destaca três princípios peculiares aos serviços públicos:

- a) **Princípio da igualdade no serviço público** - É um desdobramento do princípio da isonomia e visa garantir aos usuários igualdade de acesso aos serviços públicos. Para a concretização do princípio, é necessário que não

¹⁰¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

¹⁰² HORBACH, Carlos Bastide. *Os princípios do serviço público na França e no Brasil*. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 552. ISBN 978-85-7700-785-1

¹⁰³ HORBACH, Carlos Bastide. *Os princípios do serviço público na França e no Brasil*. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p. 552.

haja cobrança de tarifas para a utilização dos serviços ou, ao menos, que tais tarifas sejam módicas. Outro aspecto essencial, é que o usuário não sofra qualquer tipo de discriminação em razão de suas opiniões, preferências políticas, cor, raça, opção religiosa etc..

b) **Princípio da continuidade do serviço público** - Como o serviço público é uma atividade essencial, ou pelo menos de grande importância, prestada pelo Estado, ou por quem dele faça as vezes, para a satisfação do interesse coletivo, o seu funcionamento não deve sofrer solução de continuidade, sob pena de grandes perdas e transtornos à população. Assim, sua prestação deve ser contínua e regular.

c) **Princípio da mutabilidade do serviço público** - Assegura e obriga a Administração a alterar o modo de prestação ou suprimir determinado serviço público quando não esteja satisfazendo as necessidades dos usuários ou quando tais necessidades possam ser melhor satisfeitas de outro modo.

A origem do princípio da mutabilidade está associada a uma controvérsia surgida no começo do século XX sobre a qualidade da iluminação pública. O arrê *Campagne Nouvelle de Gaz de Deville - les - Rouen*, do Conselho de Estado francês, tratou da alteração da iluminação pública a gás para energia elétrica¹⁰⁴, de modo a oferecer melhor qualidade do serviço público à população em razão do surgimento de uma tecnologia mais eficiente.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁵ os mais destacados princípios que regem o serviço público são:

- a) Dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação;
- b) Supremacia do interesse público;

¹⁰⁴ HORBACH, Carlos Bastide. *Os princípios do serviço público na França e no Brasil*. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito Público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 553-562. ISSN 978-85-7700-785-1.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. revista e atualizada. Editora Malheiros, 2014, p. 696-698.

- c) Adaptabilidade (adaptação/modernização);
- d) Universalidade;
- e) Impessoalidade;
- f) Continuidade;
- g) Transparência;
- h) Motivação;
- i) Modicidade das tarifas; e
- j) Controle interno e externo sobre as condições de sua prestação.

Ao comentar tais princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁶ faz uma observação importante quanto ao destinatário principal do serviço público, isto é, a sua prestação tem por finalidade atender, prioritariamente, os interesses e as necessidades do usuário, não os do Estado ou do prestador.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca os seguintes princípios como inerentes ao regime jurídico que disciplina os serviços públicos: continuidade do serviço público, mutabilidade do regime jurídico (flexibilidade dos meios aos fins) e igualdade dos usuários.¹⁰⁷

Odete Medauar fala em princípios diretores do serviço público e elenca os seguintes¹⁰⁸:

- Funcionamento equitativo ou igualdade de todos perante o serviço público;
- Funcionamento contínuo;
- Possibilidade de modificar o modo de execução;
- Funcionamento eficiente.

Odete Medauar¹⁰⁹ não qualifica a gratuidade como princípio do serviço público. Observa, entretanto, que algumas leis estabelecem o oferecimento de

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. revista e atualizada. Editora Malheiros, 2014, p. 696-698.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 112-114.

¹⁰⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 363-364.

determinados serviços sem cobrança ao usuário. Como exemplo, a gratuidade para maiores de 65 anos em transportes coletivos urbanos determinada pelo parágrafo 2º do artigo 230 da Constituição Federal.

O princípio do funcionamento eficiente, mencionado por alguns autores, exige, conforme observa Odete Medauar, que o serviço público seja prestado com qualidade, pontualidade, confiabilidade etc. Conforme Medauar, “*o serviço público deve ser o melhor possível*”¹⁰⁹.

Além dos princípios já mencionados, Benedicto Porto Neto¹¹¹ relaciona os seguintes:

- a) **Princípio da atividade normatizada** - Os serviços públicos devem ser prestados nos limites traçados pela legislação;
- b) **Princípio da manifestação do poder de autoridade** (*puissance publique*) - O prestador de serviços vale-se dos seguintes atributos ao praticar os atos administrativos: imperatividade, presunção de legitimidade, exigibilidade e executoriedade;
- c) **Princípio da responsabilidade objetiva** (§ 6º do artigo 37 da Constituição Federal) - O prestador de serviço responde pelos danos causados, independentemente de dolo ou culpa, bastando a comprovação do nexo de causalidade entre o ato e o dano experimentado pela vítima.

Observe-se que, além dos princípios gerais orientadores do exercício da Administração Pública, os serviços públicos também são regidos por princípios específicos, cuja observância conduz ao atendimento eficiente dos usuários.

A eficiência na prestação dos serviços públicos, especialmente após a Emenda Constitucional nº 19/98, passou a ser um fim buscado pela Administração Pública. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regulamentou o artigo 175 da Constituição Federal e dispôs sobre os regimes de concessão e permissão de

¹⁰⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 363.

¹¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 364.

¹¹¹ PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no regime da Lei nº 8.987/95 - Conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, p. 30.

serviços públicos, aborda o oferecimento de serviço adequado aos usuários, definindo como tal aquele que satisfaça as condições de regularidade, continuidade e eficiência, entre outras.

Na condição de titular dos serviços públicos, mesmo que não os execute diretamente, o Estado deve zelar e atuar sempre na busca por melhores resultados, de forma a bem atender as expectativas e necessidades dos usuários e bem empregar os escassos recursos públicos.

Apenas as atividades essenciais ou de importância destacada para a sociedade devem ser qualificadas como serviços públicos. Pela relevância social e econômica, tais serviços não podem sofrer solução de continuidade em sua prestação, sob pena de grandes transtornos e perdas aos usuários. Dessa forma, a Administração Pública deve zelar pela observância do princípio da continuidade do serviço público, garantindo, a todos de que dele necessitam, regularidade e pleno uso.

Outros princípios que merecem cuidados especiais quanto à observância são o da universalidade e o da igualdade. Os serviços públicos são instrumento importante de que dispõe o Estado para a redução das desigualdades sociais e para a promoção do cidadão. Por isso, o Poder Público deve estender e proporcionar acesso a todos aos serviços públicos, eliminando qualquer tipo de discriminação ou de entrave ao seu uso. A democratização dos serviços públicos é uma ação eficiente na busca da realização da justiça social.

Merece destaque, por fim, o princípio da mutabilidade, que impede a acomodação do Poder Público e o estimula a buscar novas tecnologias e modernos métodos para serem empregados na execução dos serviços públicos. A atualização tem por finalidade melhor atender a população, com serviços modernos e menos dispendiosos ao patrimônio público.

A observância dos princípios gerais e específicos que regem os serviços públicos permite ao Estado atuar eficientemente na redução das desigualdades sociais e na promoção de ações que valorizem a dignidade humana.

CAPÍTULO 4

Realidade Brasileira & Realidade da União Europeia

A noção de serviço público no Brasil recebeu forte influência dos doutrinadores da Escola de Serviço Público francesa. Dessa forma, merecem especial atenção as transformações que ocorreram na União Europeia, especialmente após a década de 90 do século XX, no tocante à titularidade e ao regime de prestação dos serviços públicos.

O Tratado de Maastricht, que entrou em vigor em 01 de novembro de 1993, apesar de ter sido subscrito em 07 de fevereiro de 1992, regulamentou, entre outras medidas, a integração econômica dos países componentes da União Europeia e gerou importantes alterações no serviço público, vez que prescreveu que as empresas prestadoras de serviço público devem estar submetidas, de regra, ao regime concorrencial.

Sobre as transformações geradas na Itália pelo Tratado de Maastricht, Monica Spezia Justen assevera que, entre outras questões, restou estabelecido o regime concorrencial para as empresas prestadoras de serviços públicos, exceto quando tal regime for impeditivo da execução das missões que lhes forem conferidas. Além do mais, Monica Spezia¹¹² faz a seguinte observação sobre a onda liberalizante que parece ter tomado conta da Itália e dos países da União Europeia:

De todo o modo, o direito comunitário introduz na disciplina dos serviços públicos a regra da concorrência. Isso provoca uma necessária adaptação de um conceito tipicamente publicístico a um regime próprio do direito privado. O Tratado da Comunidade acaba, por essa via, reconhecendo a possibilidade de uma presença pública residual em matéria de serviço público, desde que demonstrada a incapacidade do mercado satisfazer a um determinado interesse.

¹¹² JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 100-101.

4.1 Os serviços de interesse econômico geral

Na União Europeia, a prestação de serviço público é realizada atualmente tendo por referência a noção de serviço de interesse econômico geral, e, por opção política de seus países membros, a livre iniciativa passou a ser consagrada como um direito que deve ser respeitado pela Administração Pública, sendo, inclusive, fator de impedimento de sua atuação¹¹³.

Floriano de Azevedo Marques Neto, ao tratar das transformações geradas no modo de prestação dos serviços públicos na União Europeia, traz a seguinte noção de serviço de interesse econômico geral:

(...) toda atividade essencial cuja prestação exclusivamente pelo regime de direito privado pode não ser suficiente pra atender as necessidades coletivas, razão pela qual são acometidos deveres de natureza pública, notadamente a universalização e a continuidade.

No tocante ao marco normativo, Florianio de Azevedo Marques Neto¹¹⁴ lembra que o conceito de serviço econômico de interesse geral já estava disciplinado no Tratado de Roma desde 1957, todavia, sem maiores repercussões no campo da prestação dos serviços públicos. Com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht (1993), que adotou o regime concorrencial como fundamento do sistema econômico da União Europeia, os serviços econômicos de interesse geral passaram a ocupar posição central no tocante à prestação de atividades essenciais à população.

¹¹³ MARQUES NETO, Florianio Azevedo. *Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos*. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Florianio de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 536-538.

¹¹⁴ MARQUES NETO, Florianio Azevedo. *Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos*. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Florianio de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 538.

A adoção do serviço de interesse econômico geral na União Europeia gerou as seguintes alterações no modo de conceber os serviços públicos¹¹⁵:

- a) O Estado não mais possui o monopólio da execução ou da delegação da prestação de serviços públicos;
- b) A concorrência é tida como a pedra de toque na busca da desconcentração de mercados, redução de preços e do desenvolvimento tecnológico na prestação dos serviços públicos;
- c) Quebra do regime jurídico único na prestação dos serviços públicos, haja vista que cada parcela da atividade poderá ser submetida a um regime jurídico específico;
- d) Maior flexibilidade no estabelecimento da tarifa.

O Tratado de Roma, que ainda pode ser considerado o texto básico da ordem econômica da União Europeia, praticamente não trata da noção de serviço público, que somente é citada uma vez no capítulo referente aos transportes.¹¹⁶ Parece-nos que os signatários do mencionado tratado pretenderam substituí-la pela noção de serviço de interesse econômico geral, cuja regulamentação dá-se por regras de mercado.¹¹⁷

Ao comentar sobre a diferença entre serviço público tradicional e serviço de interesse econômico geral, Vital Moreira¹¹⁸ afirma que o primeiro sempre se

¹¹⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos*. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 544-546.

¹¹⁶ MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, agosto/setembro/outubro, 2009, p. 19.

¹¹⁷ SILVEIRA, Raquel Dias da. *O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira*. 2003. In: Luciano Ferraz e Fabrício Motta (coordenadores). *Direito Público Moderno - Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte - MG: Del Rey, 2003, p. 105.

¹¹⁸ MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, agosto/setembro/outubro, 2009, p. 13.

colocou acima e fora do mercado em atendimento ao interesse público, sendo regido por regras de Direito Administrativo. Já o serviço de interesse econômico geral é fruto da disputa de espaço para oferecimento de atividades de interesse da sociedade entre o mercado e o serviço público, sendo regido por regras de direitos privados civil, comercial e trabalhista.

A ordem econômica da União Europeia fundamenta-se na economia de mercado e na concorrência, razão pela qual erigiu-se a noção de serviço de interesse econômico geral com o escopo de harmonizar os atritos entre a lógica do mercado e o serviço público, permitindo que empresas privadas, sob a égide da concorrência, ocupassem espaços que até então eram monopólios do Estado. Dessa forma, qualquer restrição à economia de mercado e à livre concorrência na União Europeia caracteriza-se exceção à regra e deve ser muito bem fundamentada, demonstrando a real necessidade de tal derrogação sem a qual o interesse público restaria gravemente afetado.

A lógica de mercado na União Europeia e a adoção da concorrência no âmbito da prestação de serviços de interesse e necessidade da sociedade geram, nas palavras de Vital Moreira¹¹⁹,

“(...) persistente atrito entre a concepção tradicional de serviço público, centrada sobre a responsabilidade pública pela sua prestação, e a concepção comunitária europeia da ordem econômica, centrada sobre a universalização da concorrência e do mercado.”

A respeito do impacto das transformações ocorridas nos anos 90 do século XX na União Europeia sobre os serviços públicos, Jacqueline Morand-Deville ressaltava que elas geraram o que a doutrina denomina de segunda crise do serviço público. Tratando da intensidade de tais modificações, especialmente na França, Morand-Deville ensina:¹²⁰

¹¹⁹ MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia*. Revista de Direito Público da Economia, v. 1, n. 1, jan./mar. 2003. p. 19.

¹²⁰ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Poder público, serviço público: crise e conciliação*. Revista de Direito do Estado. RDE, v. 1, nº 4, out. dez. 2006. p. 396.

(...).A Europa, de fato, acolhe a noção de ‘serviço público universal’ e a de ‘serviço de interesse econômico geral’, admitindo algumas derrogações à livre concorrência. Entretanto, a qualificação ‘pública’ desapareceu, o que significa que os ‘serviços’ privados também podem ser convocados a servir ao interesse público tal como se admite, já de algum tempo, em outros países. Uma vez que a atividade administrativa seja exercida em condições idênticas às atividades privadas, os antigos privilégios não tem mais qualquer justificação e o serviço fica submetido, com toda transparência, à livre concorrência com outras empresas, públicas e privadas, devendo suportar os riscos de gestão, sem contar com os subsídios específicos por parte dos entes públicos. O único dado que se deve por em jogo é o interesse do usuário, consumidor e cidadão, o serviço público. Assim, o debate se desloca sobre a cena política na direção da escolha fundamental entre uma política social solidarista e uma política liberal de mercado.

Atualmente, na União Europeia, entre outras, as seguintes atividades são qualificadas como serviços de interesse econômico geral: distribuição de gás, fornecimento de energia elétrica, serviços de transportes terrestre, aéreo e ferroviário, telecomunicações, correios etc., as quais estão submetidas às regras de mercado: livre iniciativa e concorrência. Entretanto, a França, quando da assinatura do Tratado de Amsterdã, lutou bravamente para o não perecimento completo dos elementos basilares da noção de serviço público, especialmente no tocante ao compromisso do Poder Público com áreas sociais essenciais à sociedade, como educação e saúde.¹²¹

4.2 Serviços públicos e o princípio da subsidiariedade

Fundamentado no entendimento que a Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Social no Brasil, baseado nos princípios da igualdade e da solidariedade, Gilberto Bercovici advoga que os serviços de interesse econômico geral não se harmonizam com o dever do Estado brasileiro de fornecer para todos

¹²¹ SILVEIRA, Raquel Dias da. *O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira*, 2003, . In: Luciano Ferraz e Fabrício Motta (coordenadores). *Direito Público Moderno - Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte - MG: Del Rey, 2003p. 105-106.

os cidadãos, nas mesmas condições, serviços públicos que proporcionem o atendimento de suas necessidades básicas¹²².

Ao que parece, a atribuição de regime concorrencial para todo e qualquer serviço essencial ou necessário ao bem-estar da sociedade, bem como a colocação do Estado no banco de reservas, para ser acionado em último caso, quando a iniciativa privada não puder ou não quiser desincumbir-se de tais atividades, tem um alcance mais amplo do que a Constituição Federal brasileira estabelece nas normas referentes à titularidade e prestação dos serviços públicos.

Na União Europeia a aplicação do princípio da subsidiariedade recebe contornos diferentes dos aplicados no Brasil porque as realidades sociais, políticas, econômicas e normativas são muito diferentes. Foi a doutrina social da Igreja Católica, especialmente nos termos da Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII (1891), atualizada pelas Encíclicas *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra* e *Centesimus Annus*, que concebeu o princípio da subsidiariedade¹²³, o qual foi posteriormente recepcionado pelo direito público.

O “*Estado Subsidiário*”, que tem por fundamento o princípio da subsidiariedade, deve abster-se de atuar em campos onde a sociedade civil puder desincumbir-se eficientemente com os próprios meios e recursos¹²⁴. O Estado continua sendo o responsável maior pelo bem comum, todavia, em matéria de serviços e produção de bens só deve atuar quando a iniciativa privada não for capaz de atender a sociedade de forma satisfatória¹²⁵.

¹²² BERCOVICI, Gilberto. *Concepção material de serviço público e Estado brasileiro*. In: Heleno Taveira Tôres (org.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 76-78.

¹²³ TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 7-9.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 5, jan./fev./mar. de 2006. p. 21.

¹²⁵ GUNTHER, Luiz Eduardo. Santos, Willians Franklin Lira dos. *A Encíclica Rerum Novarum e o princípio da subsidiariedade*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 37, nº 68, jan./jun. 2012. p. 100.

O princípio da subsidiariedade tem importância central na organização da União Europeia. O artigo 3B¹²⁶ do Tratado de Maastrich estabelece a competência de cada membro e orienta a União Europeia a somente atuar nas áreas de competência dos Estados-membros quando estes não forem capazes de cumprir seus objetivos com seus próprios meios¹²⁷.

Profundas alterações da relação e responsabilidade do Estado com a prestação de serviço público na União Europeia foram provocadas em razão da aplicação do princípio da subsidiariedade. No Brasil, com a Reforma do Estado a partir de 1995 e, especialmente, com a Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da subsidiariedade passou a ser aplicado com mais intensidade no tocante aos serviços públicos.

Entre os Objetivos Globais do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado está o de deixar a cargo da iniciativa privada a produção de bens e a prestação de serviços, ficando o Estado responsável pelas funções que lhe são próprias¹²⁸.

Em razão dessas medidas e da aplicação do princípio da subsidiariedade, o Estado adotou várias ações para a diminuição do seu tamanho e do seu papel como supridor principal das necessidades sociais, transferindo, assim, muitos serviços para a iniciativa privada.

¹²⁶ *Tratado de Maastricht*

Art. 3B: "A Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhes são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado.

Nos domínios que não sejam de suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

A ação da Comunidade não pode exceder o necessário para executar os objetivos do presente Tratado."

¹²⁷ TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 194-195.

¹²⁸ www.bresserpereira.org.br/Documents/.../PlanoDiretor/planodiretor.pdf. p. 45

Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca as seguintes medidas adotadas pelo Estado brasileiro com esteio no princípio da subsidiariedade e para atingir os objetivos do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado¹²⁹:

“privatização de empresas estatais, a volta ao instituto da concessão de serviços públicos para delegar a execução de serviços públicos comerciais e industriais do Estado a particulares; ampliação da atividade de fomento a entidades particulares que desempenham atividades de interesse público; a desregulamentação, pela qual se busca estabelecer novo equilíbrio entre liberdade e autoridade; a diminuição do aparelho administrativo, mediante a extinção de entidades da administração indireta e de órgãos públicos, bem como a diminuição do quadro de servidores públicos”.

Todavia, a realidade socioeconômica brasileira exige a presença mais efetiva do Estado na prestação dos serviços públicos do que na União Europeia. Some-se a isso o fato de que, por força de norma constitucional instituída no artigo 175 da Constituição da República, incumbe ao Poder Público, direta ou indiretamente, a prestação de serviços públicos.

Argumentando que o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 tem no serviço público um dos principais instrumentos de satisfação do interesse público e dos direitos sociais, Vivian Cristina Lima López Valle recusa-se a aceitar que a prestação de atividades essenciais para garantir o mínimo existencial da sociedade ou para lhe proporcionar uma utilidade material necessária e importante, seja tratada apenas pela ótica econômica¹³⁰.

Portanto, no Brasil, apesar de todas as alterações trazidas pela Reforma do Estado de 1995 e pela Emenda Constitucional nº 19/98, a titularidade do serviço público é do Estado, que o presta direta ou indiretamente sob regras, ao menos

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de Direito Administrativo Brasileiro*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 5, jan./fev./mar. de 2006. p. 21-22.

¹³⁰ VALLE, Vivian Cristina Lima López. *O novo conceito de serviço público*. In: Guimarães, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacelar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 547-548.

parcialmente, de direito público, diferentemente do que vem ocorrendo na União Europeia, onde a iniciativa privada, a concorrência e as regras de mercado prevalecem na satisfação das necessidades essenciais da população.

CAPÍTULO 5

Serviço Público no Brasil

Com a Reforma Administrativa levada a efeito na década de 90 do século XX, a atuação estatal intervencionista começa ceder lugar à atividade reguladora e fiscalizatória. Nos termos do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, o Poder Público não mais detém o monopólio da prestação dos serviços públicos¹³¹, passando a atuar como o regulador de sua execução, de modo a garantir a qualidade e universalidade desses serviços. Assim, o Estado não necessita executar diretamente atividades econômicas, inclusive as caracterizadas como serviços públicos, as quais deve apenas regular.¹³²

Irene Patrícia Nohara¹³³ faz as seguintes observações sobre as consequências da reforma administrativa da década de 90 no modelo estatal brasileiro, especialmente no tocante à diminuição da atuação do Estado na economia e as privatizações desencadeadas no Governo Fernando Henrique Cardoso:

(...) de um lado, o Estado deve respeitar direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal, ou seja, de que o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e recursos; e, de outro, a ideia de que o Estado deve fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada, de modo a permitir aos particulares o sucesso na condução de seus empreendimentos.

Portanto, restam patentes as gritantes diferenças política, social e econômica da Administração Pública brasileira, especialmente depois da reforma administrativa iniciada na década de 90 do século XX, em comparação à situação

¹³¹ BERCOVICI, Gilberto. *Concepção material de serviço público e Estado brasileiro*. In: *Serviços públicos e direito tributário*. Heleno Taveira Torres (coord.) São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 62.

¹³² NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 79-84.

¹³³ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 63-64.

vivida pela França após a Revolução Francesa, época em que se deu a origem formal da noção de serviço público e a elaboração das teorias de Léon Duguit, Gaston Jèze e Maurice Hauriou.

Considerando-se estas diferenças e a forte influência que a Escola de Serviço Público francesa teve e tem sobre o direito administrativo brasileiro, faz-se importante analisar o entendimento de nossos doutrinadores sobre a noção de serviço público na atualidade brasileira.

5.1. Noção atual e titularidade do serviço público no Brasil

Celso Antonio Bandeira de Mello, na obra Curso de Direito Administrativo, inicia o capítulo XI, intitulado “*Serviço Público e Obra Pública*”¹³⁴, asseverando que, determinadas atividades, por serem muito importantes para a sociedade, não podem ficar, pelo menos exclusivamente, sob responsabilidade da iniciativa privada, devendo o Estado chamar a si o dever de prestá-las, direta ou indiretamente.

Em seguida, ele apresenta a seguinte conceituação de serviço público¹³⁵:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente aos seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Na definição formulada por Celso Antonio Bandeira de Mello destacam-se dois elementos. Um de natureza material, que é a utilidade ou comodidade prestada

¹³⁴ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 688.

¹³⁵ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 689.

para satisfação da coletividade, fruível singularmente. Outro de natureza formal, que é a prestação do serviço pelo Estado, direta ou indiretamente, sob as regras do regime de Direito Público - direito administrativo.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello o fato de a prestação de uma utilidade material ser realizada pelo Estado, com o objetivo de atender necessidade coletiva fruível singularmente pelos administrados, não a caracteriza como serviço público. Para tanto, é necessário que seja realizada sob o regime de Direito Público¹³⁶.

A noção formulada por Celso Antonio Bandeira de Mello é bastante restrita, haja vista que admite como serviço público apenas as atividades que gerem utilidades materiais coletivas, porém fruíveis singularmente (*uti singuli*), a exemplo do fornecimento de água e luz em residências ou empresas.¹³⁷

Além de não considerar como serviço público os serviços *uti universi*, Bandeira de Mello retira do âmbito da noção que formulou outras atividades executadas pelo Estado, por exemplo, as obras públicas e as oriundas do poder de polícia - polícia administrativa.¹³⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra *Direito Administrativo*, ressalta que os doutrinadores, em um primeiro momento, no período do Estado liberal, considerando a influência da Escola de Serviço Público francesa, adotaram três critérios para estabelecer a noção de serviço público:

- Subjetivo - o Estado era o titular da prestação do serviço público;

¹³⁶ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2014. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 692.

¹³⁷ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2014. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 693.

¹³⁸ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2014. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p.700-703.

- Material - o serviço deveria ter por escopo o atendimento de necessidades coletivas;
- Formal - o serviço público deveria ser prestado sob o regime de Direito Público.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a influência da Escola de Serviço Público francesa levou alguns autores brasileiros a formularem noções muito amplas, como é o caso de Mário Masagão, para quem os serviços públicos compreendem a totalidade das atividades desenvolvidas pelo Estado no cumprimento de suas finalidades¹³⁹. Todavia, a autora também critica o caráter intensamente restritivo da noção formulada por Celso Antonio Bandeira de Mello ao considerar como serviço público tão-somente as atividades fruíveis singularmente pelos administrados, deixando ausentes da noção, por exemplo, os serviços diplomáticos¹⁴⁰.

Diante de noções amplas que, inclusive, atribuem qualificação de serviço público às atividades judiciais e legislativas; e de noções restritivas, como a formulada por Celso Antonio Bandeira de Mello, Di Pietro não desqualifica alguma, pois são consequências do tratamento disforme dado pela legislação pátria e pelas diferentes metodologias empregadas pelos autores na busca de um conceito.¹⁴¹

Di Pietro ressalta que, à medida que o Estado começou a executar, como serviço público, atividades que até então eram conferidas à iniciativa privada, aumentando consideravelmente sua área de atuação, especialmente no tocante aos serviços de natureza comercial e industrial, foi perdendo a capacidade de prestar tais atividades diretamente, razão pela qual foi obrigado a delegar a sua execução

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014 p. 102-103.

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014, p.104.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014,p.107.

às pessoas jurídicas de direito privado, “*sob regime jurídico predominantemente privado*”.¹⁴²

Dessa forma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define serviço público como¹⁴³:

“Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

Odete Medauar¹⁴⁴ alerta que é comum o uso da expressão serviço público de modo generalizado, desprovido de critério técnico-jurídico, denominando como tal qualquer atividade exercida pelo Estado, inclusive as praticadas pelos órgãos dos Poderes Legislativos e Judiciário.

Ressaltando que os serviços públicos compreendem apenas um capítulo do direito administrativo e correspondem a uma das muitas atividades executadas pelo Poder Executivo¹⁴⁵, Odete Medauar afirma que a definição de uma atividade como serviço público depende do modelo de Estado adotado e de escolhas políticas consubstanciadas na Constituição, na legislação e na tradição.

Além do mais, Medauar leciona que a atividade qualificada como serviço público deve ter ligação orgânica com a Administração Pública e ser regida, se não totalmente, pelo menos parcialmente por regras de direito público - direito administrativo. Como evolução, admite até que a gestão privada e a concorrência possam estar na noção de serviço público. Todavia, entende essencial que o Estado permaneça como seu titular, haja vista que determinadas atividades, por serem

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014,, p.106.

¹⁴³ Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 107.

¹⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 360.

¹⁴⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 360.

essenciais ou de enorme importância para a sociedade, não podem ser decididas e operadas unicamente em razão dos interesses do mercado¹⁴⁶.

Assim, para Odete Medauar serviços públicos correspondem a determinadas atividades desenvolvidas direta ou indiretamente pelo Estado, reguladas ao menos parcialmente pelo direito público, capazes de produzirem benefícios diretamente aos cidadãos (*uti singuli*), como o fornecimento de energia elétrica residencial, ou a uma dada coletividade (*uti universi*), como a limpeza das ruas e praças públicas. Entretanto, ela retira da noção de serviço público os atos meramente preparatórios das prestações finais usufruídas pela população.¹⁴⁷

Após afirmar que a doutrina é unânime em admitir a dificuldade de conceituar “*serviços públicos*”, José dos Santos Carvalho Filho¹⁴⁸ ensina que dois sentidos devem ser dados ao instituto. O primeiro, subjetivo, baseado na prestação do serviço por um órgão estatal. O segundo, objetivo, leva em conta a atividade prestada pelo Estado.

Além dos sentidos subjetivo e objetivo, José dos Santos Carvalho Filho menciona que, no tocante aos fatores que caracterizam os serviços públicos, pelo menos três critérios devem ser realçados:¹⁴⁹

- a) Critério orgânico: o serviço público deve ser prestado pelo Estado;
- b) Critério formal: o serviço público é prestado sob regras de direito público;
- c) Critério material: a natureza da atividade exercida.

¹⁴⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 362-363.

¹⁴⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 361.

¹⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. revista, ampliada e atualizada até 31-12-2013. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 327.

¹⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. revista, ampliada e atualizada até 31-12-2013. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 328.

Carvalho Filho afirma que nenhum deles, de forma isolada, é bastante para expressar a noção atual de serviço público, que deve ser construída com a junção de todos – orgânico, formal e material. Assim, Carvalho Filho conceitua serviço público *como*¹⁵⁰:

Toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.

Para Carvalho Filho, tanto os serviços *uti universi* (prestados a uma dada coletividade) como os *uti singuli* (usufruídos pessoalmente pelo cidadão) são qualificados como serviços públicos. Todavia, destaca que somente estes geram direito subjetivo para o beneficiário, tendo por fundamento os princípios de impessoalidade e universalidade¹⁵¹.

Anunciando que até a presente data o direito administrativo ainda não estabeleceu com precisão os limites do serviço público, Benedicto Porto Neto, na obra *“Concessão de Serviço Público no Regime da Lei nº 8.987/1995 - Conceitos e Princípios”*¹⁵², filia-se à corrente que atribui preponderantemente sentido formal à noção de serviço público. Assim, Porto Neto assevera que podem ser consideradas como serviço público as atividades submetidas à titularidade do Estado que possuem importância para a coletividade, mas, sobretudo, que sejam prestadas sob regime de direito público.¹⁵³

Benedicto Porto Neto¹⁵⁴ enfatiza que somente a legislação pode qualificar determinada atividade como serviço público e submetê-la ao regime de direito público. Todavia, alerta que a legislação só deve considerar como serviço público atividades essenciais à coletividade, intrínsecas à atuação estatal, capazes

¹⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. revista, ampliada e atualizada até 31-12-2013. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 329.

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. revista, ampliada e atualizada até 31-12-2013. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 333.

¹⁵² PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no regime da Lei nº 8.987/1995 - Conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1998, p. 13-15.

¹⁵³ PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no regime da Lei nº 8.987/1995 - Conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1998, p. 18.

¹⁵⁴ PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no regime da Lei nº 8.987/1995 - Conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1998,, p. 30.

de serem regidas pelo direito público e não caracterizadas como atividades próprias do setor privado.

Dessa forma, mesmo que a sociedade, de forma geral, e até mesmo a doutrina reconheçam a importância de determinada atividade, ela será qualificada como serviço público e submetida às regras de direito público apenas se a legislação assim estabelecer.

Em que pese a percepção de elementos materiais e da obrigatoriedade da prestação do serviço diretamente pelo Estado ou por quem o represente, Gilberto Bercovici¹⁵⁵ assevera que a concepção dominante nas definições formuladas pelos Professores Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como também pela maior parte dos doutrinadores brasileiros, é de natureza formal, influenciadas pelos ensinamentos e pela noção de serviço público elaborada por Gaston Jèze, um dos expoentes da Escola de Bordeaux.

Augusto Neves Dal Pozzo¹⁵⁶ ainda observa, no tocante à definição formulada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, ao utilizar termo “*atividade material*”, a ilustre professora procurou retirar da noção de serviço público as atividades de polícia, fomento e intervenção.

José Cretella Junior, antes de apresentar a sua definição de serviço público, destaca a importância da classificação dos serviços em próprios e impróprios, formulada pelo Professor italiano Arnaldo de Valles.

¹⁵⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Concepção material de serviço público e Estado brasileiro*. In: Heleno Taveira Tôres (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 68.

¹⁵⁶ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

Citando o mestre argentino Bielsa e seguindo os ensinamentos de Arnaldo de Valles, defende Cretella Junior¹⁵⁷ que os serviços públicos classificam-se em próprios e impróprios. Afirma que o Estado é o titular dos serviços públicos próprios, podendo executá-los de forma direta ou indireta, mediante concessão ou permissão. Os serviços públicos impróprios não são de titularidade do Estado, que não os executa de forma direta nem indireta. Porém, por representarem atividades de interesse coletivo, recebem regulamentação de órgão estatal.

Cretella Junior¹⁵⁸ observa que atualmente não mais se compreende serviço público como o próprio direito público, conforme advogou Léon Duguit. Por outro lado, não se pode negar a sua importância para o direito administrativo, como querem alguns autores¹⁵⁹ que se esforçam para demonstrar a crise do conceito de serviço público. O renomado administrativista pátrio observa que é necessário adotar uma postura de equilíbrio entre essas ideias antagônicas, porque a noção de serviço público está *“definitivamente incorporada à terminologia do direito público”*.

Observando a realidade brasileira, José Cretella Junior¹⁶⁰ *define serviço público, lato sensu, como:*

Toda atividade de que as pessoas jurídicas públicas exercem, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades gerais ou públicas, mediante procedimentos peculiares ao direito público exorbitantes e derogatórios do direito comum.

Por sua vez, analisando o contexto atual, Augusto Neves Dal Pozzo¹⁶¹ salienta que nenhuma definição de serviço público deve ser formulada em descompasso com o Estado Social de Direito, que é o tipo de Estado atualmente

¹⁵⁷ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo. O pessoal da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. IV, 2005. p. 31-32.

¹⁵⁸ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo. O pessoal da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. IV, 2005., p. 33.

¹⁵⁹ Um dos principais defensores dessa tese foi Jean-Louis de Corail que, em sua tese de doutorado (*La crise de la notion juridique de service public en Droit Administratif français*) afirmou que a noção de serviço público não tinha mais qualquer valor jurídico.

¹⁶⁰ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo. O pessoal da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. IV, 2005. p. 39.

¹⁶¹ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 77.

adotado em nosso país. Dal Pozzo¹⁶² defende que a noção de serviço público, para refletir a realidade brasileira, deve abarcar os critérios ou requisitos subjetivo, objetivo ou material e formal.

Quanto ao requisito subjetivo, Dal Pozzo assevera que o fato de o Estado ser o titular do serviço público não significa que deve prestá-lo diretamente, podendo delegar sua execução a terceiros, sem que isso abale a sua titularidade¹⁶³.

Ao tratar do requisito formal, Dal Pozzo salienta que uma das mais importantes características do serviço público no Brasil é estar submetido às regras de direito público. Para ele, como apenas as atividades essenciais à população podem ser classificadas como serviço público, o direito administrativo seria o único regramento capaz de bem proteger o interesse coletivo a ser alcançado com a execução desse serviço¹⁶⁴.

Finalmente, quanto ao requisito objetivo, Augusto Neves Dal Pozzo aponta como características do serviço público¹⁶⁵ ter sempre por escopo o atendimento de uma necessidade da sociedade, ou pelo menos de um interesse coletivo importante e ser fruível singularmente pelas pessoas - *uti singuli*.

O entendimento de Dal Pozzo não é compartilhado por Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁶⁶, para quem a noção de serviço público, com seus requisitos ou critérios formal, objetivo (ou material) e subjetivo (formulação original), só foi válida no contexto do Estado Liberal. À medida que o Estado foi assumindo maior número de atividades e passou a desempenhar funções que até então eram exercidas pela

¹⁶² DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 78

¹⁶³ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012., p. 78-79.

¹⁶⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 81-82.

¹⁶⁵ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 79.

¹⁶⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. p. 53.

iniciativa privada, percebeu que não dispunha de estrutura e recursos próprios para fazer frente a este crescimento. Num primeiro momento, o Estado transferiu a prestação de serviços públicos a empresas privadas por intermédio do instrumento da concessão, depois, ocorreu criação de pessoas jurídicas de direito privado que passaram a gerir os serviços públicos sem que houvesse a necessidade de concessão ou de contrato administrativo para tanto. Nas palavras de Dinorá Grotti, ao permitir tal situação, o Estado admitiu que “*certas atividades de empresas particulares tinham o caráter de serviço público*”¹⁶⁷.

Para fundamentar seu entendimento, Dinorá Grotti¹⁶⁸ cita os seguintes exemplos:

- a) Caso da Société - Commerciale de L'Ouest Africain (Empresa de Comércio da África Ocidental): a colônia francesa da Costa do Marfim prestava um serviço de transporte de automóveis com balsas. Em determinado momento uma das balsas afundou com diversos carros. O Tribunal de Conflitos, em 22 de janeiro de 1921, decidiu pela aplicação do direito privado ao caso. Essa decisão representa um marco em direção oposta ao que se vinha decidindo, pois a demanda referente a um serviço considerado público e prestado pelo Estado deixou de ser apreciada e decidida pelo tribunal administrativo. Conforme ressalta Dinorá Grotti, “[...] *A ideia geral desta orientação jurisprudencial é a de que serviços públicos funcionando em condições análogas às das empresas particulares devem, em princípio, submeter-se ao direito privado*”;
- b) O Conselho de Estado francês, nos termos das decisões Monpeurt (1942) e Bourguen (1943), considerou que atividades referentes à organização, disciplina e fiscalização de profissões constituíam um serviço público. Dessa forma, reconheceu-se que instituições privadas podiam ser titulares de serviço público.

¹⁶⁷GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. p. 54.

¹⁶⁸GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. p. 54-55.

Para Marçal Justen Filho, determinada atividade só pode ser qualificada como serviço público se for capaz de satisfazer, de maneira direta e indireta, direitos fundamentais. Desse requisito primordial decorrem os demais, como titularidade estatal da atividade e submissão ao regime jurídico de direito público.¹⁶⁹

Marçal Justen Filho ressalta que alguns serviços, mesmo as atividades previstas nos incisos X a XII do artigo 21 da Constituição Federal, só serão considerados públicos quando a sua prestação pela iniciativa privada, sob as regras de mercado, puder comprometer a satisfação de direitos fundamentais. Caso não comprometam, estar-se-ia diante de atividades econômicas em sentido estrito¹⁷⁰. Com esteio em tal entendimento, Justen Filho apresenta a seguinte noção de serviço público:¹⁷¹

(...) atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais e transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

Na conceituação apresentada, percebe-se que o autor admite como serviço público atividade que possa satisfazer interesses e necessidades transindividuais. Assim sendo, não é necessário que a utilidade produzida seja fruível pelo indivíduo singularmente (*uti singuli*). Portanto, atividades de varrição de ruas e avenidas ou de iluminação de vias públicas devem ser considerados serviços públicos.

Justen Filho aplica o princípio da subsidiariedade de uma forma muito singular, haja vista que restringe demasiadamente a área de atuação estatal na

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 728.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 733.

¹⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 723.

prestação de serviços públicos, dando à iniciativa privada uma abrangência que parece não se harmonizar com o texto constitucional.

Na medida em que qualifica como serviços públicos apenas as atividades capazes de satisfazerem um direito fundamental, Justen Filho exclui desta classificação serviços prestados pela Administração Pública que, se não satisfazem um direito fundamental, podem atender uma importante necessidade material ou produzir uma utilidade relevante para a coletividade. Tais atividades, especialmente as previstas nos incisos X a XII do artigo 21 da Constituição Federal, são serviços públicos cujo titular é o Estado.

Após fazer um detalhado histórico da formulação da noção de serviço público no Brasil, desde o período imperial até os dias atuais, Paulo José Machado Corrêa, entre outras ponderações¹⁷², conclui que a noção de serviço público sofreu, no decorrer da história, alterações provocadas por mudanças econômicas, sociais e políticas experimentadas pelo país. Ele afirma que estão no texto constitucional os limites para formular a noção e para qualificar determinada atividade como serviço público. Observa ainda que, tendo em conta a importância que determinada atividade pode representar para a sociedade, a legislação infraconstitucional pode qualificá-la como serviço público.

Paulo José Machado Correa também informa que desde o final do século XX até a atualidade, com a diminuição da intervenção estatal nas atividades econômicas, o serviço público tem experimentado uma retração de sua importância, especialmente com a criação das agências reguladoras e o aparecimento de novos institutos para regular o oferecimento de utilidades para a população, como é o caso das parcerias público-privadas.

Existem atividades que naturalmente são identificadas como públicas, até porque sempre foram executadas pelo Estado, como são as atividades militares e diplomáticas. Podemos, ainda, reconhecer inúmeras outras de natureza econômica

¹⁷² CORRÊA, Paulo José Machado. *A noção de serviço público no direito brasileiro*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Brasília, v. 38, 2012. p. 66-67.

que, por não atenderem necessidades essenciais da população, sempre ficaram sob responsabilidade da iniciativa privada, não sendo qualificadas como serviços públicos. Todavia, algumas atividades econômicas que estão exatamente nesta linha limítrofe entre o público e o privado, por representarem, em determinada época, valiosa utilidade para a sociedade, receberam a qualificação de serviços públicos, pela Constituição e pela legislação.¹⁷³

Após tratar das várias acepções lata, restrita e restritíssima da expressão serviço público, quer se opte pela elaboração de uma noção genérica ou por uma específica, Alexandre Santos de Aragão, observando os contornos que a Constituição de 1988 dá ao tema, advoga que serviços públicos¹⁷⁴:

São as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por eles desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade

Ruy Cirne Lima, por sua vez, filia-se à concepção material de serviço público, formulada originalmente por Léon Duguit. Para os adeptos desta corrente, somente atividades essenciais, capazes de produzir utilidades importantes para a promoção do indivíduo ou da coletividade, devem ser qualificadas como serviço público¹⁷⁵.

Tendo em conta a essencialidade destas atividades para a sociedade, tem-se que não podem ficar ao arbítrio do mercado, devendo o Estado assumir a responsabilidade de provê-las. Cirne Lima destaca que, inclusive na hipótese de desestatização, o Estado permanece fiscalizando e controlando os serviços

¹⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro*. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 96, n. 859, maio 2007. p. 14.

¹⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro*. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 96, n. 859, maio 2007. p. 23-24.

¹⁷⁵ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª edição, revista e elaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 207.

repassados à execução da iniciativa privada, como ocorre, por exemplo, com as agências reguladoras¹⁷⁶.

Outro adepto da concepção material de serviço público é Eros Roberto Grau, para quem a Constituição Federal atribuiu ao Estado o dever de prestar, como serviço público, as atividades “*indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social*”¹⁷⁷. Caso o Estado descumpra esse inarredável dever, o cidadão pode valer-se do Poder Judiciário para garantir seu direito subjetivo à prestação adequada do serviço público.¹⁷⁸

Como visto, a noção de serviço público vem sofrendo, desde o seu nascedouro, diversas alterações para melhor adaptar-se aos objetivos do Estado em determinado momento econômico, político e social. Mesmo com todas as evoluções experimentadas pelo instituto no Brasil, inclusive as patrocinadas pela Reforma Administrativa do final da década de 90 do século XX, o Estado, por força de regra do artigo 175 da Constituição, continua com a titularidade do serviço público. Apesar de algumas vozes destoantes, como as de Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Alexandre Santos Aragão, este é o entendimento da maioria dos doutrinadores pátrios.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece as atividades desempenhadas pelo Estado que devem ser qualificadas como serviço público. A legislação infraconstitucional também pode atribuir esta qualificação, mas deve observar os limites estabelecidos pela Constituição, especialmente os referentes ao Título da Ordem Econômica e Financeira (Título VII).

As atividades qualificadas por força da legislação como serviço público devem ser capazes de gerar uma utilidade material para a coletividade, razão pela

¹⁷⁶ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª edição, revista e elaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 209.

¹⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 259.

¹⁷⁸ SILVEIRA, Raquel Dias da. *O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira*. In: Luciano Ferraz e Fabrício Motta (coordenadores). *Direito Público Moderno - Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte - MG: Del Rey, 2003. p. 110-111.

qual as concernentes ao exercício do poder de polícia administrativa, que visam a preservação da ordem e segurança públicas, através de medidas limitadoras, coercitivas e punitivas do comportamento social, não são serviços públicos.

Não é qualquer comodidade ou utilidade material que deve ter tratamento de serviço público. Para tanto, a atividade deve ser essencial e ter muita importância para a sociedade, pois somente as atividades relevantes à promoção do indivíduo ou da coletividade merecem ser qualificadas como serviço público.

Como atividades essenciais à sociedade, os serviços públicos não podem sofrer solução de continuidade nem se submeter exclusivamente às regras de mercado, razões pelas quais devem sujeitar-se, ao menos parcialmente, ao direito público.

Sem ignorar as normas que ecoam do texto constitucional e em harmonia com o pensamento médio dos doutrinadores pátrios, pode-se concluir, quanto à noção atual de serviço público no Brasil:

- a) A titularidade é do Estado por força do art. 175 da Constituição Federal;
- b) É a legislação que qualifica uma atividade como serviço público;
- c) O regime jurídico observado é o público, mesmo que parcialmente.

5.2. Serviço público, poder de polícia, obra pública, fomento e função pública: distinções.

Quando do seu surgimento na França pós-Revolução, a noção de serviço público, especialmente na doutrina de Léon Duguit, praticamente abarcava a totalidade de ações do Estado e era considerada o centro do Direito Público.

No período imperial, Pimenta Bueno¹⁷⁹, o primeiro a tratar do tema no Brasil, também tinha um entendimento demasiadamente amplo sobre as atividades que o Estado deveria prestar sob a forma de serviço público.

No período republicano, Aarão Reis¹⁸⁰ e Mário Masagão¹⁸¹ também deram à noção de serviço público demasiada abrangência, incluindo em sua esfera de atuação praticamente a totalidade das ações praticadas pelo Estado.

A evolução e as modificações experimentadas pelo Estado no decorrer da história para atender às demandas e aos interesses sociais, fizeram com que a noção erigida pela Escola de Serviço Público francesa sofresse também muitas adaptações e alterações, entusiasmando alguns doutrinadores a vaticinarem a crise e até a inutilidade dos serviços públicos.

Longe de ter se tornado inútil para o Estado e para a sociedade, especialmente no Brasil, o fato é que os serviços públicos não mais desfrutam da abrangência advogada por Duguit no início do século XX.

Na realidade e sem qualquer desmerecimento, os serviços públicos são uma das muitas atividades e ações desempenhadas pelo Estado no cumprimento de suas funções, que, diga-se de passagem, foram tornando-se cada vez mais volumosas e complexas, especialmente após as duas grandes guerras mundiais e o surgimento do Estado do Bem-Estar-Social.

Dessa forma, faz-se necessário, mesmo que sem maiores aprofundamentos, até porque esse não é o objetivo do nosso trabalho, apontar alguns traços distintivos entre serviços públicos e outras atividades desempenhadas pelo Estado, especialmente no tocante à função pública, obra pública, poder de polícia e fomento.

¹⁷⁹ BUENO, Pimenta. Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Prefácio do Ministro Seabra Fagundes. Senado Federal, 1978. p. 265-283.

¹⁸⁰ REIS, Aarão. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro - RJ. Oficinas Gráficas Villas-Boas & C. 1923. p. 141-148.

¹⁸¹ MASAGÃO, Mário. Natureza jurídica da concessão de serviço público. São Paulo - SP. Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, editores. 1933.p. 21-25.

5.2.1. Poder de polícia e serviço público

Pode-se afirmar que a origem da palavra *polícia* deriva do latim *politia* e do grego *politeia*¹⁸², significando, na Antiguidade, o ordenamento político da cidade.¹⁸³

No período compreendido entre a Idade Antiga e o século XI o termo *polícia* representava todas as atividades desenvolvidas pelo Estado. No século XI foram excluídas do conceito as atividades referentes às relações internacionais e, a partir do século XVIII, foram excluídas as atividades referentes à justiça e às finanças. Dessa forma, no âmbito interno, ao exercer os atos de polícia, o Estado possuía um amplo poder para regular todas as atividades com o escopo de garantir a ordem e a segurança, estando fora desta órbita as atividades voltadas à proporcionar utilidades materiais para a sociedade¹⁸⁴.

Portanto, no Estado liberal o poder de polícia podia ser caracterizado como a faculdade do Poder Público de limitar direitos individuais com o esteio de proteger a segurança, a tranquilidade, a saúde e a moralidade públicas dos mais diversos ataques¹⁸⁵. A atuação estatal era sempre negativa, ou seja, manifestava-se com a imposição de restrições nas áreas de segurança, moralidade e salubridade públicas.

À medida que o Estado começou a ampliar sua atuação, especialmente a partir das primeiras décadas do século XX, o poder de polícia passou a manifestar-

¹⁸² MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. Origem, evolução, crítica à noção, caracterização. Poder de polícia na atualidade. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU do ano de 2011/Coordenadores: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato. - Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 15.

¹⁸³ WUNDER, Paulo. Legitimidade para o exercício do poder de polícia. In: Teoria do Estado Regulador. Curitiba : Juruá, 2015, p. 304.

¹⁸⁴ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. La Defensa del usuario y del administrado. 2ª edição. Fundacion de Derecho Administrativo, 1998. p. V-8

¹⁸⁵ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. La Defensa del usuario y del administrado. 2ª edição. Fundacion de Derecho Administrativo, 1998. p. V-9.

se também com imposições buscando uma determinada atuação dos cidadãos, inclusive nas áreas econômica e social¹⁸⁶.

É com o advento do Estado de Direito que o poder de polícia ganha sua forma atual, passando a subordinar-se aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e não mais aos humores dos governantes¹⁸⁷.

Ao delimitar a ação dos cidadãos em prol do bem comum e da inviolabilidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia exercido pelo Estado exterioriza o seu caráter autoritário, todavia, sempre limitado pelo ordenamento jurídico vigente. Sobre essa dicotomia do Estado no exercício do poder de polícia, buscando ao mesmo tempo limitar a ação de indivíduos e resguardar os direitos fundamentais do cidadão, Vitor Rhein Schirato tece as seguintes considerações¹⁸⁸:

São duas faces da mesma moeda: ao mesmo tempo em que se tem o indivíduo colocado no centro da ordem jurídica, tem-se o aumento da atuação limitadora do Estado destinada a garantir a harmonia e a liberdade dos indivíduos. Pode parecer paradoxal, mas não é. Ao aumento das liberdades e garantias individuais deve corresponder um aumento no poder limitador e condicionador do Estado, exatamente para assegurar a preservação dessas liberdades e garantias.

Após essas breves digressões, podemos asseverar que o poder de polícia na atualidade pode ser concebido como uma atividade administrativa, subordinada à legislação e orientada pelos princípios constitucionais que regem a

¹⁸⁶ MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. Origem, evolução, crítica à noção, caracterização. Poder de polícia na atualidade. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU do ano de 2011/Coordenadores: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato. - Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 17.

¹⁸⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. Poder de polícia. Origem, evolução, crítica à noção, caracterização. Poder de polícia na atualidade. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU do ano de 2011/Coordenadores: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato. - Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 34.

¹⁸⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. Poder de polícia. Origem, evolução, crítica à noção, caracterização. Poder de polícia na atualidade. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU do ano de 2011/Coordenadores: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato. - Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 35.

Administração Pública, limitadora de direitos e liberdades individuais, exercida com o escopo de realizar ou zelar por interesses transindividuais¹⁸⁹.

O poder de polícia é o Estado no exercício da autoridade, limitando ações ou obrigando o cidadão a agir, sob pena de sanções, tudo em benefício do bem-estar social e balizado pelo ordenamento jurídico¹⁹⁰.

A expressão poder de polícia pode ser usada no sentido lato, abarcando todas as medidas exaradas pelos Poderes Executivo e Legislativo visando estabelecer as linhas limítrofes do exercício da liberdade e da propriedade pelos cidadãos. Mas também em sentido estrito, como as medidas gerais e abstratas, os atos concretos e específicos, emanados da Administração Pública com o propósito de prevenir ou impedir que ações particulares ofendam interesses sociais.¹⁹¹

Como atividade administrativa, o poder de polícia orienta-se, entre outros, pelos princípios da legalidade e da proporcionalidade, haja vista que a limitação da atividade privada deve ocorrer para a preservação e realização dos direitos fundamentais e dos princípios balizadores do regime democrático.¹⁹²

Apresentados os elementos caracterizadores do poder de polícia, restam evidentes as diferenças relativamente aos serviços públicos. O poder de polícia se expressa pelo exercício da autoridade do Estado; os serviços públicos revelam-se como atividades prestacionais com o intuito de proporcionar utilidades materiais à coletividade. O poder de polícia, como prescrição que é, obriga o cidadão a abster-

¹⁸⁹ WUNDER Paulo. Legitimidade para o exercício do poder de polícia. In: Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá, 2015. p. 331.

¹⁹⁰ MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. Origem, evolução, crítica à noção, caracterização. Poder de polícia na atualidade. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU do ano de 2011/Coordenadores: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato. - Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 22-23.

¹⁹¹ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. revista e atual. Editora Malheiros, 2014. p. 840.

¹⁹² JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. ed., rev. atual e ampl., 2ª. Tiragem, 2014. p. 585.

se ou a realizar determinada conduta, sob pena de sanção; os serviços públicos são atividades fornecidas pelo Estado para a satisfação das necessidades sociais.

5.2.2. Obra pública e serviço público

Para os fins da Lei de Licitações e Contratos Administrativos¹⁹³, obra é toda construção, reforma, fabricação, recuperação e ampliação de um bem imóvel.

O Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - IBRAOP, sociedade civil de âmbito nacional constituída por profissionais de engenharia, arquitetura e agronomia vinculados a instituições de controle externo, conceitua obra como o produto da ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem imóvel, sob a responsabilidade de um profissional devidamente habilitado nos termos da Lei nº 5.194/66.¹⁹⁴

Doutrina¹⁹⁵ e Tribunais de Contas valem-se especialmente da definição legal (inciso I, artigo 6º, Lei nº 8.666/93) e da Orientação Técnica do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - IBRAOP para estabelecerem¹⁹⁶ seus entendimentos¹⁹⁷ sobre o conceito de obra pública.¹⁹⁸

A obra pública é produto pronto e acabado para uso do Estado e da sociedade, podendo ser executada diretamente por órgão ou entidade da

¹⁹³ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

¹⁹⁴ Orientação Técnica - IBR 002/2009, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas. www.ibraop.org.br.

¹⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. revista e atual. Editora Malheiros. 2014. p. 713.

¹⁹⁶ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2014. p. 247.

¹⁹⁷ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição. Editora Atlas S.A, 2014. p. 375.

¹⁹⁸ BONATTO, Hamilton. Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 26-27.

Administração Pública¹⁹⁹ ou indiretamente por terceiros, geralmente no regime de empreitada - por preço unitário, por preço global ou integral - ou de tarefa.²⁰⁰

Além do mais, as obras públicas são edificadas com esteio em projetos de engenharia - básico e executivo - formulados por profissionais habilitados, contendo a descrição técnica detalhada do empreendimento desde o início da execução até a sua conclusão.²⁰¹

¹⁹⁹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VII - Execução direta - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios;

²⁰⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 6º (...)

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei 8883/1994)

- a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- c) (vetado);
- d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
- e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

²⁰¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Art. 6º (...)

IX - Projeto básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

Embora leigos possam confundir obra pública com serviço público, muitas são as características que os diferenciam. A obra é um produto acabado, fruto de realização humana, que pode ser usado pelo Estado ou pela população em geral; o serviço público é uma atividade em prestação capaz de gerar uma utilidade material para os que dele usufruem.²⁰²

Sobre a distinção entre obra pública e serviço público também manifestou-se o Supremo Tribunal Federal em vários julgados²⁰³, com destaque para o RE 115561-2 SP, 2ª Turma, de Relato do Ministro Carlos Madeira²⁰⁴, que sentenciou a obra pública como a execução material de um projeto, limitada no tempo e capaz de agregar valor aos imóveis. Já os serviços públicos são atividades de caráter continuado capazes de gerar utilidade, mas não de agregar valor.

5.2.3. Fomento e serviço público

O fomento é uma atividade pública que tem por finalidade estimular, financiar ou preservar atividades promovidas por particulares que se prestam a atender determinadas necessidades de interesse público. Com o fomento, o Estado intervém no domínio econômico, inclusive com a utilização de recursos públicos e outros meios - pessoal, material, incentivos fiscais, títulos honoríficos, benefícios creditícios, transferências diretas, etc. -, buscando incentivar os particulares à prática de atos com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social.²⁰⁵

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

²⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. revista e atualizada. Editora Malheiros. 2014. p. 701.

²⁰³ MELLO, José Eduardo Soares de. A política tarifária em serviço público. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coordenador). Serviços públicos e direito tributário. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 366-367.

²⁰⁴ STF - RE 115.561-2 - SP, 2º Turma, rel. Min. Carlos Madeira, j. 18/03/1988, DJ 22/04/1998, p. 09090.

²⁰⁵ JUSTEN Filho. Manoel. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. verificada, atualizada e ampliada. São Paulo - SP. Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 711-712.

Uma das características do fomento é o não emprego de qualquer coação por parte do Estado com relação ao particular²⁰⁶. A Administração Pública simplesmente interage com o particular estimulando-o a executar atividades de interesse coletivo.

Outra característica do fomento é que, ao utilizá-lo, o Estado não atua executando diretamente ações capazes de produzir benefícios ou de atender interesses da sociedade, mas incentiva ou financia particulares para que pratiquem tais ações.

Feitas essas considerações iniciais, podemos elencar, entre outras, as seguintes características do fomento que o distingue dos serviços públicos.²⁰⁷

- a) No fomento a Administração Pública atinge apenas indireta e mediatamente os objetivos que pretende, uma vez que são os particulares que diretamente praticam todos os atos e produzem todos os efeitos esperados pelo Estado;
- b) O fomento, de regra, não constitui uma prestação obrigatória da Administração Pública. Sendo assim, os seus pretendentes podem apenas solicitá-lo do Estado, jamais exigi-lo, mesmo que judicialmente.

Assim, enquanto no fomento o Estado incentiva que particulares exerçam ações que lhes são próprias em benefício da sociedade, no serviço público o Poder Público é o titular das atividades prestacionais colocadas à disposição da população para a satisfação de interesse ou necessidade relevante.

5.2.4. Função pública e serviço público

Realçando que a noção de serviço público teve origem na França, Gaspar Ariño Ortiz lembra que os principais doutrinadores da Escola de Serviço Público

²⁰⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição, revista e aumentada. São Paulo - SP. Malheiros Editores LTDA. 2006. p. 24.

²⁰⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição, revista e aumentada. São Paulo - SP. Malheiros Editores LTDA. 2006. p. 26-27.

francesa, Duguit e Jèze, advogavam, de forma muito ampla, que toda a atividade da Administração Pública seria um serviço público, uma vez que visava garantir a satisfação de uma necessidade ou de um interesse da sociedade. Essa tese ampliava demais a noção de serviço público, que se identificava com o próprio Direito Administrativo²⁰⁸.

A noção de serviço público, nos dias atuais, não tem a abrangência que lhe quiseram atribuir os mestres da Escola de Serviço Público francesa, sendo, sem algum demérito, apenas mais uma das muitas atividades desenvolvidas pelo Estado. Portanto, diferencia-se o serviço público de função pública, uma vez que aquele representa, em apartada síntese, atividades colocadas à disposição de dada coletividade para satisfazer suas necessidades, e, este, o exercício da soberania e da autoridade por parte do Estado.

Ainda recorrendo aos ensinamentos de Gaspar Ariño Ortiz, que avoca a doutrina italiana, são as seguintes as características que distinguem função pública de serviço público:

*La función pública supone normalmente régimen autoritario y se ejerce a través de actos jurídicos, sentencias, certificaciones, órdenes, autorizaciones de policía, etc.; la segunda, la actividad del servicio público en sentido estricto, es actividad social, no supone ejercicios de poderes soberanos y se ejerce a través de prestaciones de tipo técnico. Cuando se dice que no supone ejercicio de poderes soberanos no quiere decir que la Administración no tenga privilegios, potestades, poderes de imperio, tanto sobre el concesionario como sobre los terceros; lo que se quiere decir es que esa actividad no se impone al particular, sino que se le ofrece (...).*²⁰⁹

Ao tratar da noção de serviços públicos, Rafael Bielsa enfatiza a importância de distingui-los de função pública. Assim, salienta que função pública possui caráter geral e materializa-se pela atuação de órgãos e autoridades na

²⁰⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 294-295.

²⁰⁹ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 295-296.

defesa da soberania, da segurança, da paz e do bem estar social. Serviço público é atividade específica que tem por finalidade satisfazer as necessidades coletivas.²¹⁰

A função pública tem conteúdo bem mais amplo do que o serviço público. Entretanto, apesar das inúmeras diferenças, ambos têm em comum o fato de serem atividades estatais.²¹¹

Dessa forma, podemos elencar as seguintes características da função pública:²¹²

- a) É atividade do Estado no exercício da soberania;
- b) Manifesta-se por normas jurídicas;
- c) É de titularidade exclusiva do Estado;
- d) É indelegável e indeclinável, devendo, de regra, ser exercida pelo Estado.

Quanto ao serviço público, trata-se de uma atividade que o Estado assume, em determinado momento histórico, para proporcionar à sociedade a satisfação de necessidades importantes, cujo exercício e controle apenas pelo mercado poderiam colocar em risco o bem-estar social.

5.3. Serviços Públicos e a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal vigente estabeleceu expressamente uma série de atividades que devem ser prestadas pelo Estado, direta ou indiretamente, sob o regime de direito público, exclusiva, preponderante ou parcialmente, para a satisfação de necessidades coletivas relevantes denominadas serviços públicos²¹³.

²¹⁰ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Tomo I. Principios Generales. Organizacion Administrativa. Servicios Públicos. 6ª ed. Editora LA LEY. Buenos Ayres, 1964. p. 457-458.

²¹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 110-111.

²¹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros. 2003.p. 111-115.

²¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014. p. 704.

De acordo com o texto constitucional, o Estado será sempre o titular do serviço público. Dessa forma, despidendo falar em titularidade exclusiva ou não, uma vez que tal titularidade será sempre do Poder Público no Brasil, pois o particular somente executará o serviço público mediante delegação estatal.²¹⁴ Se é serviço público, o Estado é seu titular, o que não significa, entretanto, que deva prestá-lo diretamente, podendo delegar sua execução a particulares, o que geralmente é feito mediante concessão, permissão ou autorização.

O artigo 175²¹⁵ da Constituição Federal estabelece ser dever do Poder Público prestar, direta ou indiretamente, os serviços públicos. Além disso, nos artigos 21, 25 e 30 da Constituição Federal estão expressamente previstos serviços públicos de competência da União, dos Estados e dos Municípios, respectivamente, o que não impede que a legislação infraconstitucional possa estabelecer outros a serem prestados, direta ou indiretamente, pelos governos das unidades da federação²¹⁶.

Quando não prestados diretamente pelo Poder Público, os serviços públicos são delegados a terceiros nos termos de concessão ou permissão, conforme os artigos 21, 25, 30, 175 e 223 da Constituição Federal. Todavia, os incisos XI e XII do artigo 21 e 223 da Carta de 1988 também preveem o instituto da autorização como forma de o Estado delegar a execução do serviço público a particulares.²¹⁷

²¹⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 120.

²¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 05 de outubro de 1988. “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

²¹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. Palestra proferida no dia 10.9.1999 no Curso de Aprofundamento sobre o Novo Direito Administrativo Econômico, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público - SBPD. p. 46-47.

²¹⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. Palestra proferida no dia 10.9.1999 no Curso de Aprofundamento sobre o Novo Direito Administrativo Econômico, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público - SBPD. p. 65-66.

No tocante à titularidade do serviço público, o artigo 21 da Constituição Federal estabelece que compete à União a manutenção do serviço postal e do correio aéreo nacional (inciso X); a exploração, direta ou indireta através de autorização, permissão ou concessão dos serviços de telecomunicações (inciso XI); de radiodifusão sonora e de sons e imagens (inciso XII, a); de instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inciso XII, b); de navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura portuária (inciso XII, c); de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (inciso XII, d); de transporte rodoviário interestadual ou internacional de passageiros (inciso XII, e) e dos portos marítimos, federais e lacustres (inciso XII, e).

Nos termos do artigo 25 da Constituição Federal, aos estados cabe explorar os serviços locais de gás canalizado.

No tocante aos municípios, o artigo 30 da Constituição Federal prevê que compete a eles prestar, direta ou indiretamente através de concessão ou permissão, os serviços classificados como de interesse local, especialmente o de transporte coletivo, qualificado como de caráter especial.

Quanto à possibilidade da legislação infraconstitucional qualificar determinada atividade como serviço público merecem destaque duas posições ou teorias distintas.

A primeira, denominada formalista, sustenta que uma determinada atividade só será qualificada como serviço público quando a Constituição ou a lei assim estabelecer. Desta forma, os autores que se filiam a essa corrente, entre eles Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, defendem que o legislador infraconstitucional pode qualificar uma atividade como serviço público,

respeitados os limites estabelecidos na Constituição Federal, especialmente as normas referentes à Ordem Econômica (art. 170 e seguintes)²¹⁸.

A segunda, denominada essencialista, defende que certa atividade só pode ser qualificada como serviço público caso seja considerada importante, de muito valor para a coletividade, a ponto de ser temerário deixá-la sob responsabilidade da iniciativa privada. Tal tese é defendida por Eros Roberto Grau e Juarez de Freitas, para quem o que não for essencial para a sociedade não deve ser qualificado como serviço público pela legislação ordinária²¹⁹.

Dinorá Grotti²²⁰ alerta que o legislador infraconstitucional não dispõe de plena liberdade para qualificar qualquer atividade como serviço público, vez que as atividades econômicas só podem ser exercidas pelo Estado nos casos previstos no artigo 173 da Constituição Federal. Em razão dessa limitação, Grotti assevera que somente em situação excepcional é que o legislador infraconstitucional deve permitir ao Estado a exploração direta de atividades econômicas, sob pena de ocorrer estatização e transformação artificial de tais atividades em serviços públicos, em flagrante ofensa à Constituição Federal.

Existem, todavia, algumas atividades previstas no texto constitucional cuja prestação pode estar sob a titularidade do poder público ou da iniciativa privada. Como exemplo, podemos citar os serviços de ensino, saúde, cultura, previdência e assistência social. Muitas destas atividades eram satisfeitas, na Idade Média, por entidades religiosas. Aos poucos, com o Estado Liberal e, depois, com o advento do Estado de Bem-Estar Social, o Poder Público passou a prestá-las diretamente, para que toda a população fosse atendida, especialmente a parcela mais carente.

²¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. p. 101-103.

²¹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.p. 104-105.

²²⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003., p. 137.

Entretanto, as empresas privadas e as entidades sociais sempre atuaram nesse campo, por conta e risco próprios, independentemente de delegação estatal.²²¹

Parece que não há dúvidas em qualificar como serviço público as atividades de saúde e educação, além da previdência e assistência social, quando forem prestadas pelo Estado, embora Carlos Ari Sundfeld²²² defenda que a melhor qualificação para tais atividades seja “serviços sociais”. Entretanto, Sundfeld assevera que, quando prestadas pelo Poder Público, tais atividades estarão sob o regime de direito público, mas, quando executadas por particulares, estarão sob o regime de direito privado.

Há quem defenda que essas atividades, mesmo quando titularizadas e prestadas pela iniciativa privada, com esteio nos artigos 199²²³ e 209²²⁴ da Constituição da República Federativa do Brasil, independentemente de concessão, permissão ou autorização estatal, sempre serão serviços públicos.²²⁵

Carolina Zancaner Zockun defende que saúde, educação, previdência e assistência social são direitos sociais previstos na Constituição Federal, e, como tais, devem ser prestados pelo Estado como serviços públicos. O Estado deve sempre intervir na ordem social para assegurar a prestação de serviços sociais

²²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de serviços públicos no Direito Positivo Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 859, maio 2007.p. 11-37.

²²² SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5ª. ed. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 83-84.

²²³ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
 § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.
 § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.
 § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.
 § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

²²⁴ “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
 I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;
 II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

²²⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 8ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editora Ltda: São Paulo: 2003.p. 105-16.

essenciais à sociedade, o que faz executando serviços públicos na área de saúde, educação, previdência, assistência social etc. O não oferecimento de tais serviços representa omissão frente a deveres constitucionais²²⁶.

Muito interessante é o entendimento de Eros Roberto Grau a respeito do assunto, haja vista que advoga que os serviços de saúde e educação, mesmo quando prestados pela iniciativa privada, no exercício de atividade própria, independentemente de concessão, permissão ou autorização, são qualificados como serviços públicos. É que os artigos 199 e 209 da Constituição facultaram expressamente o exercício de tais atividades à iniciativa privada, o que seria desnecessário se não fossem serviços públicos²²⁷.

É a titularidade que define se referidos serviços sociais são ou não serviços públicos. Desse modo, quando titularizados pelo Estado, serão serviços públicos, todavia, quando não, serão atividades particulares de interesse da sociedade.²²⁸

Assim, o fato da iniciativa privada prestar serviços na área de saúde, educação, previdência, assistência social, seguridade social, proteção à maternidade e à infância etc., não impede que o Estado execute as mesmas atividades como serviço público²²⁹.

Apresenta-se correta a posição defendida por Augusto Neves Dal Pozzo sobre a matéria ao asseverar que, quando o Estado presta tais atividades em benefício da população, certamente está executando um serviço público. Contudo, quando tais atividades estiverem sob a titularidade e sendo prestadas pela iniciativa

²²⁶ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros/IDAP, 2009, p. 185.

²²⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 8ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editora Ltda: São Paulo: 2003. p. 105-106.

²²⁸ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 127.

²²⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97.

privada, estaremos diante de um serviço sem natureza pública, pois terá caráter econômico e o fim buscado será o lucro.

Quanto às denominadas atividades econômicas propriamente ditas, a sua exploração pelo Estado só pode ocorrer excepcionalmente e quando “*necessárias aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo*”, conforme define o artigo 173²³⁰ da Constituição da República Federativa do Brasil.

Apesar da Constituição brasileira de 1988 ter consagrado entre seus princípios fundamentais a livre iniciativa, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que o Estado brasileiro tem um amplo espaço para atuar diretamente no campo econômico, o que faz sob a forma de monopólio ou em regime de concorrência com a iniciativa privada, devendo, neste último caso, sempre observar a regra do artigo 173 da Constituição, ou seja, o Poder Público só poderá atuar como empresário por motivo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, cuja caracterização depende de opção política do Estado concretizada nos termos da legislação²³¹.

Eros Roberto Grau, ao tratar da Ordem Econômica na Constituição de 1988, afirma que a atividade econômica *lato sensu* engloba o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Assim, conclui que serviço público é uma espécie de atividade econômica, cuja titularidade é do Estado, mas a execução pode ser delegada, nos termos de concessão ou permissão, a empresas privadas²³².

Quando o Estado atua nos termos do artigo 173 e seu parágrafo 1º da Constituição Federal, está atuando no campo da atividade econômica em sentido

²³⁰ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

²³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A intervenção do domínio econômico e a Constituição de 1988*. Porto Alegre: Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. - vol. 1, nº 1, jan. /mar. 1990. p. 70-71.

²³² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 8ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. p. 92.

estrito, portanto, não está prestando serviço público²³³. Porém quando age em conformidade com o artigo 174 da Constituição Federal²³⁴, pratica atividade econômica *lato sensu*, haja vista que, além da função normativa, reguladora e fiscalizadora, pratica planejamento, que é uma atividade inerente aos setores público e privado²³⁵.

No tocante ao art. 170²³⁶ da Constituição Federal, Eros Roberto Grau afirma que ele é dirigido para as atividades econômicas *lato sensu*, ou seja, tanto os serviços públicos como as atividades econômicas em sentido estrito devem ser fundados “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (...) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”²³⁷

Ressalte-se, por fim, que a lei mencionada no parágrafo 1º²³⁸ do artigo 173 da Constituição Federal ainda não foi aprovada. Portanto não há

²³³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 8ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. p. 93.

²³⁴ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

²³⁵ GRAU, op. cit, p. 97.

²³⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/95)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

²³⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 8ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. p. 98.

²³⁸ “Art. 173(...)

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

regulamentação infraconstitucional sobre o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista que exerçam prestação de serviços de natureza econômica. Entretanto, tal lei, quando for elaborada, não pode estar em conflito com os princípios e regras constantes da Constituição Federal, em especial os que consagram:

- a) Que a titularidade do serviço público é do Estado;
- b) Que o Estado, apenas excepcionalmente, é que pode prestar uma atividade de natureza econômica em sentido estrito.

5.4. Autorização de serviço público

Em sua redação original, o inciso XI do artigo 21 da Constituição Federal de 1988 estabelecia competir à União explorar, diretamente ou mediante concessão à empresa sob controle acionário estatal, os serviços públicos de telecomunicações. Com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995, esses serviços, além da exploração direta pela União, puderam ser delegados para exploração por particulares mediante autorização, permissão ou concessão.

A alteração provocada no texto constitucional original pela Emenda Constitucional nº 08/1995 tem sido um dos fundamentos utilizados por quem defende a perda da titularidade do serviço público pelo Estado, haja vista que permitiu a prestação de serviços por empresas particulares mediante termo de autorização²³⁹, inclusive sob o regime exclusivo de direito privado²⁴⁰.

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.”

²³⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. Palestra proferida no dia 10.9.1999 no Curso de Aprofundamento sobre o Novo Direito Administrativo Econômico, promovida pela Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. p. 67.

De acordo com esta corrente de pensamento, com a reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 08/1995 e com a aprovação de algumas leis ordinárias, os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada restaram consagrados na prestação do serviço público. Assim, determinados serviços públicos²⁴¹ passaram a ser tratados como atividade econômica²⁴² regida por regras de mercado.²⁴³

Entre outras foram aprovadas as leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (ANEEL)²⁴⁴, 9.472, de 16 de julho de 1997 (ANATEL)²⁴⁵ e 11.182, de 27 de setembro de 2005 (ANAC)²⁴⁶, que permitiram a exploração por particulares, mediante autorização do Poder Público, de determinados serviços nas áreas de energia elétrica, telecomunicações e aviação civil.

Acreditamos que a análise da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral das Telecomunicações), permitirá entender a autorização de serviço público prevista também nas demais leis aprovadas com esteio nas alterações produzidas pela Emenda Constitucional nº 08, de 1995. Até porque, esta lei gerou importantes debates no tocante à possível perda da titularidade dos serviços públicos por parte do Estado.

²⁴⁰ SILVA, Almiro do Couto e. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira?* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro - RJ: Editora Renovar Ltda. Out./Dez. 2002. v. 230. p. 65.

²⁴¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. Palestra proferida no dia 10.9.1999 no Curso de Aprofundamento sobre o Novo Direito Administrativo Econômico, promovida pela Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. p. 68.

²⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 732.

²⁴³ CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do Direito Econômico*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal de Minas Gerais, 2003, p. 61-62.

²⁴⁴ Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços de energia elétrica e dá outras providências.

²⁴⁵ Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 08, de 1995.

²⁴⁶ Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, cria a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, e dá outras providências.

A Lei Geral de Telecomunicações²⁴⁷ permitiu, entre outras novidades, que os serviços de telecomunicações fossem prestados exclusivamente sob regime jurídico público, ou exclusivamente sob regime jurídico privado, ou concomitantemente sob os regimes jurídicos público e privado. Entretanto, o parágrafo 1º do art. 65 da Lei nº 9.472/97 impediu a exploração dos serviços de telecomunicações exclusivamente em regime privado quando forem de interesse ou necessidade de uma dada coletividade, exigindo, desta forma, a universalização de seu fornecimento.

Outra regra muito importante trazida pela Lei nº 9.472/1997 para a preservação do interesse público é a constante no artigo 66, que impede ações que inviabilizem os serviços prestados sob regime jurídico público quando também puderem ser oferecidos sob regime jurídico de direito privado. Note-se aqui a intenção do legislador em preservar princípios fundamentais para que a sociedade não fique exposta às regras exclusivamente de mercado quando da utilização de serviços de telecomunicações.²⁴⁸

Quando os serviços de telecomunicações são prestados sob regime jurídico público, os instrumentos de delegação utilizados são a concessão ou a permissão²⁴⁹. Todavia, quando são prestados em regime jurídico de direito privado, a delegação é realizada nos termos de autorização²⁵⁰.

²⁴⁷ “Art. 63 Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados”.

²⁴⁸ “Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.”

²⁴⁹ “Art. 63 (...)”

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.”

²⁵⁰ “Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.”

Tratando-se de delegação, nos termos de permissão ou concessão, com obrigação de universalização e continuidade para a prestadora²⁵¹, é indene de dúvidas que as atividades delegadas são serviços públicos. O questionamento surge quando tal delegação ocorre por autorização, nos termos estabelecidos pelos artigos 131 *usque* 144 da Lei Geral de Telecomunicações.

Ressalte-se que a própria Lei nº 9.472/1997 incumbiu-se de disciplinar a autorização como um ato vinculado²⁵², capaz de delegar serviços de telecomunicações às pessoas jurídicas que atendam determinadas condições objetivas²⁵³ e subjetivas²⁵⁴, cuja prestação dar-se-á sob as regras de regime jurídico privado e baseada nos princípios da atividade econômica²⁵⁵.

São essas regras que atribuem regime jurídico privado e condições de mercado para os serviços de telecomunicações delegados nos termos de autorização que atraem a resistência de doutrinadores brasileiros, vez que muitos vislumbram ofensa às normas previstas na Constituição Federal, especialmente as que se referem à titularidade do serviço público.

²⁵¹ “Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.”

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.”

²⁵² “Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.”

²⁵³ “Art. 132. São condições objetivas para obtenção de autorização de serviço:

I - disponibilidade de radiofrequência necessária, no caso de serviços que a utilizem;”

II - apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis.

²⁵⁴ “Art. 133. São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:

I - estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;

II - não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência;

III - dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social;

IV - não ser, na mesma região, localidade ou área, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço.”

²⁵⁵ “Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.”

Há quem considere uma aberração a adoção de regime jurídico privado, uma vez que compromete a satisfação de direitos fundamentais, objetivo maior dos serviços públicos. Se as normas aplicadas não são de direito público não há serviço público, mas atividade privada submetida à regulação estatal.²⁵⁶

Ressaltando que apenas as atividades muito importantes para a sociedade devem ser qualificadas como serviço público e, por isso, submetidas sempre às regras de direito público, Augusto Neves Dal Pozzo combate com veemência o entendimento de que os serviços públicos quando delegados mediante autorização podem ser regulados pelo direito privado. Para o autor, o que qualifica uma atividade como serviço público no Brasil é o fato de estar submetida ao regime de direito público²⁵⁷.

Além do mais, necessário se faz observar que, mesmo no caso de autorização, o Estado estabelece a disciplina da exploração e exerce constante fiscalização, podendo, a qualquer tempo, para assegurar o interesse dos usuários, intervir na prestação do serviço, em conformidade com o estabelecido nos artigos 127²⁵⁸ e 128²⁵⁹ da Lei Geral de Telecomunicações.

²⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. verificada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 726-727.

²⁵⁷ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012. p. 81-82.

²⁵⁸ “Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:
I - a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade;
II - a competição livre, ampla e justa;
III - o respeito aos direitos dos usuários;
IV - a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público;
V - o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços;
VI - a isonomia de tratamento às prestadoras;
VII - o uso eficiente do espectro de radiofrequências;
VIII - o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;
IX - o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;
X - a permanente fiscalização.”

²⁵⁹ “Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:
I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

A realidade é que nem a Emenda Constitucional nº 08/1995 nem as leis aprovadas com esteio na nova redação do inciso XI do artigo 21 da Constituição Federal foram capazes de alterar a titularidade do serviço público no Brasil, haja vista que, por força do artigo 175 da Constituição Federal, permanece com o Estado. Mesmo que determinados serviços públicos, pela sua natureza, possam ser considerados atividade econômica (critério material), o fato incontestado é que norma constitucional os qualificou como serviço público, inclusive os submetidos a delegação para execução por particulares nos termos de autorização.²⁶⁰

Dessa forma, podemos concluir que, em conformidade com as normas constitucionais, o Estado será sempre o titular do serviço público no Brasil, independentemente se a delegação para execução pelo particular se deu nos termos de concessão, permissão ou autorização.²⁶¹

II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;

IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;

V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.”

²⁶⁰ SILVA, Raquel Dias da. *O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira*. In: Luciano Ferraz e Fabrício Motta (coordenadores). *Direito Público Moderno - Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte - MG: Del Rey, 2003. p. 108-109.

²⁶¹ SILVA, Almiro do Couto e. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira?* Revista de Direito Administrativo. Editora Renovar Ltda: Rio de Janeiro - RJ. 2002. V. 230, p. 69-73.

CAPÍTULO 6

Decisões do STF e do TCDF: titularidade, regime jurídico e eficiência dos serviços públicos

Em diversos processos, o Supremo Tribunal Federal - STF reafirmou a tese de que o titular do serviço público no Brasil é o Estado. Reafirmou mais, que a prestação dos serviços públicos sempre deve ocorrer sob as regras de direito público, mesmo que a sua execução seja realizada por terceiros nos termos de delegação (concessão, permissão ou autorização).

Para bem demonstrar o entendimento do STF no tocante à titularidade e ao regime jurídico balizador dos serviços públicos no Brasil, serão analisados nos tópicos seguintes a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.266-5 BAHIA e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 610.510 - Rio de Janeiro.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF, um dos órgãos responsáveis pelo controle externo da Administração Pública distrital, no qual atuamos como membro Conselheiro desde 2001, realizou diversas auditorias para analisar e avaliar a prestação dos serviços públicos no Distrito Federal.

Pela importância dos temas auditados pelo TCDF, merecem destaque e também análise nos próximos tópicos os Processos nº 22.218/2013 (auditoria no sistema de transporte público do DF); 24.101/2010 (auditoria na educação pública fundamental) e 31.900/2013 (auditoria nas unidades de tratamento intensivo - UTI da rede pública distrital), especialmente quanto à eficiência, regularidade e qualidade dos serviços públicos prestados à população do Distrito Federal.

6.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.266-5 - Bahia

Os autos foram instaurados para abrigar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1266-5, manejada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino em relação à Lei nº 6.586/1994²⁶², do Estado da Bahia,

²⁶² O PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA PROMULGA E FAZ PUBLICAR, NOS TERMOS DO § 7º, DO ARTIGO 80, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA, A SEGUINTE:

LEI Nº 6.586 DE 16 DE JUNHO DE 1994

Dispõe sobre a adoção de material escolar e de livros didáticos pelos estabelecimentos de ensino e dá outras providências.

A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA

DECRETA:

Art. 1º - A adoção de material escolar e de livros didáticos pelos estabelecimentos particulares de ensino pré-escolar, de 1º e 2º graus obedecerá às normas estatuídas por esta lei.

Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, considera-se material escolar todo aquele item de uso exclusivo e restrito ao processo didático-pedagógico e que tenha por finalidade o atendimento das necessidades individuais do educando durante a aprendizagem.

Art. 3º - Os estabelecimentos particulares de ensino pré-escolar, de 1º e 2º graus divulgarão, durante o período de matrícula a lista de material escolar solicitado, acompanhada do respectivo plano de execução.

§ 1º - Constará deste plano de execução, de forma detalhada e com referência a cada unidade de aprendizagem do período letivo, a discriminação dos quantitativos de cada item de material escolar, seguido da descrição da atividade didática para o qual se destina, com seus respectivos objetivos e metodologia empregada.

§ 2º - Será facultado aos pais ou, se for o caso, aos responsáveis pelo educando, optar entre fornecimento integral do material escolar no início do período letivo ou pela entrega parcial e parcelada, segundo os quantitativos de cada unidade de aprendizagem, sendo que, neste caso, far-se-á a entrega com antecedência mínima de 8 (oito) dias do início da unidade.

§ 3º - Fica vedada, sob qualquer pretexto, a indicação pelo estabelecimento de ensino, de preferência por marca ou modelo de qualquer item do material escolar.

§ 4º - Fica proibido constar da lista de material escolar ou ainda, exigir do educando, a qualquer título, material de consumo, de expediente ou de uso genérico, tais como: papel-ofício, papel higiênico, fita adesiva, cartolina, estêncil e tinta para mimeógrafo, verniz corretor, álcool, algodão, artigos de limpeza e higiene, dentre outros.

Art. 4º - A lista de material poderá sofrer alterações no decorrer do período letivo, não podendo exceder a 30% (trinta por cento) do originalmente solicitado.

Parágrafo único - Todo material que exceder à cota fixada neste artigo deverá ser suplementado pelo estabelecimento de ensino que o exigir.

Art. 5º - Fica vedada, sob qualquer modalidade, a cobrança de taxa de material escolar.

Art. 6º - Os títulos dos livros didáticos adotados pelos estabelecimentos particulares de ensino só poderão ser substituídos após transcorrido o prazo de 4 (quatro) anos, contado de sua adoção.

Art. 7º - Fica proibido condicionar o comparecimento, a participação e a permanência do aluno nas atividades escolares, à aquisição e/ou fornecimento de livro didático ou material escolar.

Art. 8º - Os estabelecimentos particulares de ensino que descumprirem as normas da presente lei estarão sujeitos às penalidades fixadas no Código de Defesa do Consumidor e na legislação correlata.

Art. 9º - Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 10 - Revogam-se as disposições em contrário.

GABINETE DA PRESIDÊNCIA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA, EM 16 DE JUNHO DE 1994.

Deputado EUJÁCIO SIMÕES

Presidente

6.586

que disciplinou a adoção de material escolar e livros didáticos pelos estabelecimentos particulares de ensino pré-escolar, de Ensinos Fundamental e Médio, por afronta aos artigos 22, inciso XXIV²⁶³ e 209²⁶⁴ da Constituição Federal.

O texto legal combatido estabeleceu, entre outras coisas, a obrigação dos estabelecimentos particulares de educação de divulgarem a lista detalhada, item por item, dos materiais escolares exigidos, bem como das atividades pedagógicas em que eles serão empregados, proibindo qualquer indicação de marca ou modelo. Além do mais, permitiu aos pais de alunos que entreguem referidos materiais escolares de forma parcelada durante o ano letivo, à medida que forem necessários nas atividades pedagógicas. Igualmente, vedou a alteração, por no mínimo 4 (quatro) anos, dos títulos dos livros didáticos usados nas atividades educacionais.

Na sessão de 06 de abril de 2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria, improcedente a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência.

A questão que interessa ao presente trabalho diz respeito ao debate travado pelos Ministros durante a votação da matéria no tocante ao caráter público ou privado dos serviços de educação prestados pelos estabelecimentos particulares de ensino.

A leitura da ementa ²⁶⁵ do julgamento dá a entender que o pleno do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que as atividades de educação são

16.06.1994

LEI Nº 6.586 - 16/06/1994

²⁶³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

(...)

²⁶⁴ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

²⁶⁵ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor

sempre serviço público, mesmo que sejam prestadas por estabelecimentos de ensino particular.

Mas esse não foi o resultado do julgamento. Na realidade, apenas o Ministro Eros Grau, relator da matéria, defendeu que os serviços de educação são sempre públicos, independentemente de serem prestados pelo Poder Público ou executados pela iniciativa privada.

Embora advogue essa tese, o Ministro Eros Grau compreende que, nos termos do artigo 209 da Constituição Federal, para prestar o serviço de educação à população, os particulares não necessitam de delegação do Estado na modalidade de concessão, permissão ou autorização, conforme já havia asseverado em sua obra *“A Ordem Econômica na Constituição de 1988”*.²⁶⁶

Todos os demais membros do Supremo Tribunal Federal presentes na votação, inclusive o Ministro Marco Aurélio, que restou vencido na tese da improcedência da ação, posicionaram-se no sentido de que a educação prestada por estabelecimento particular de ensino não é serviço público, mas atividade privada sujeita a regulamentação e fiscalização estatal, haja vista a sua importância à população.

Por bem refletir o debate travado pelos ministros no tocante à natureza dos serviços de educação prestados pela iniciativa privada, reproduzimos a seguir a discussão estabelecida entre os Ministros Carlos Britto e Eros Grau:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, acompanho o Relator, data vênica do ponto de vista do Ministro Marco Aurélio.

privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (ADI 1266 / BA - BAHIA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em: 06/04/2005, DJ 23-09-2005 PP-00006, EMENT VOL-02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36).

²⁶⁶ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004. p. 108.

Quero deixar registrado que não tenho a educação enquanto modalidade de serviço público. Com respeito à opinião do eminente Ministro-Relator, entendo que o artigo 175 da Constituição deixa claro que serviço público é aquele titularizado pelo poder público, ou seja, de senhorio exclusivo do poder público.

Sabemos que, em matéria de ensino, a Constituição chega a dizer que o ensino é livre. Vejam: “liberdade” – é livre a iniciativa privada.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - O Ministro me concede um aparte?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Pois não.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - É livre exatamente porque prescinde de concessão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Porque não é serviço público.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Exatamente por ser serviço público é que a Constituição diz, depois, que é livre no sentido de que, apesar de ser serviço público, é não-privativo. Esse é o entendimento que se tem adotado atualmente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Entendo que não. Saúde pública e educação são atividades ambivalentemente estatais e privadas, ou seja, mistamente públicas e privadas, porque admitem as duas titularidades, os dois senhorios. *Data vênia*, excluo esses dois tipos de atividade da área dos serviços públicos típicos.

No Brasil cabe a Constituição Federal e a legislação qualificar determinada atividade como serviço público. No caso dos serviços de educação, o texto constitucional, especialmente o artigo 209, permitiu também a sua titularidade e exercício pela iniciativa privada, independentemente de delegação estatal, bastando, para tanto, o cumprimento das normas gerais da educação nacional e a submissão da avaliação da qualidade das atividades pelo Poder Público.

Resta claro, portanto, que as atividades de educação, quando prestadas pelo Poder Público, constituem-se em serviço público de titularidade do Estado, todavia, quando executados pelos particulares, não terão a mesma qualidade, ou seja, serão atividades próprias da iniciativa privada submetidas, pela sua importância para a sociedade, às normas gerais de educação nacional e a rigorosa

fiscalização por parte dos órgãos estatais competentes para assegurar a qualidade do produto educacional oferecido à população.

6.2. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 610.517 - Rio de Janeiro

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao decidir Agravo Regimental manejado pelo Município do Rio de Janeiro em relação ao Recurso Extraordinário nº 610 517 - Rio de Janeiro, reconheceu que uma empresa pública, no caso a Casa da Moeda do Brasil (CMB), ao prestar serviço público monopolizado em razão de delegação (art. 21, inciso VII da Constituição Federal)²⁶⁷, atua sob as regras de direito público como se o serviço fora executado pela entidade delegante (União), inclusive no tocante às regras de direito tributário.²⁶⁸

Dessa forma, o Município do Rio de Janeiro teve seu pleito indeferido pelo Supremo Tribunal Federal, ficando impossibilitado de cobrar ISS (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) da Casa da Moeda do Brasil incidente sobre os serviços de composição gráfica em papel moeda, moeda metálica, selo postal e ficha telefônica, haja vista a vedação de cobrança de tributos sobre serviços públicos

²⁶⁷ Art. 21. Compete à União:

(...)

VII - emitir moeda;

(...)

²⁶⁸ E M E N T A: CASA DA MOEDA DO BRASIL (CMB) – EMPRESA GOVERNAMENTAL DELEGATÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS – EMISSÃO DE PAPEL MOEDA, CUNHAGEM DE MOEDA METÁLICA, FABRICAÇÃO DE FICHAS TELEFÔNICAS E IMPRESSÃO DE SELOS POSTAIS – REGIME CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO (CF, ART. 21, VII) – OUTORGA DE DELEGAÇÃO À CMB, MEDIANTE LEI, QUE NÃO DESCARACTERIZA A ESTATALIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO, NOTADAMENTE QUANDO CONSTITUCIONALMENTE MONOPOLIZADO PELA PESSOA POLÍTICA (A UNIÃO FEDERAL, NO CASO) QUE É DELE TITULAR – A DELEGAÇÃO DA EXECUÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, MEDIANTE OUTORGA LEGAL, NÃO IMPLICA ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO, INCLUSIVE O DE DIREITO TRIBUTÁRIO, QUE INCIDE SOBRE REFERIDA ATIVIDADE – CONSEQUENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, “a”) – O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO PRINCÍPIO DA FEDERAÇÃO – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA CASA DA MOEDA DO BRASIL, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO QUE, A ELA, OUTORGADO MEDIANTE DELEGAÇÃO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL – DOUTRINA (REGINA HELENA COSTA, “INTER ALIOS”) – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

de um ente por outro da federação, conforme estabelece a alínea “a” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal.²⁶⁹

A Casa da Moeda do Brasil - CMB foi instituída originalmente sob a forma de autarquia, nos termos da Lei nº 5.895/1973, transformando-se, depois, em empresa pública. Todavia, tal alteração, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal, não retirou da CMB a condição de prestadora de serviços públicos.

Nos termos do artigo 21, inciso VII, da Constituição Federal, compete à União, em regime de monopólio, a emissão de papel moeda. Tal atividade, mesmo quando executada por terceiros nos termos de delegação, não perde a condição de serviço público e continua sob a titularidade exclusiva da União.

Além do mais, como as atividades de composição gráfica em papel moeda, moeda metálica e selo postal foram qualificadas como serviço público pela própria Constituição Federal, a sua execução deve dar-se sob as regras de direito público.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello, relator da matéria, reproduz as lições de Regina Helena Costa²⁷⁰ para fundamentar o entendimento de que, ao prestar serviço público, direta ou indiretamente, o Estado estará sempre sob as regras de direito público.

Outrossim, o Relator também reproduz no seu voto trechos do livro “*Curso de Direito Constitucional Tributário*”²⁷¹, de Roque Antonio Carrazza, em que ressalta a impossibilidade dos particulares ingressarem no campo dos serviços públicos sem delegação do Poder Público, da mesma forma que o Estado não pode executar

²⁶⁹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)

VI - instituir impostos sobre: (vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

²⁷⁰ COSTA, Regina Helena. Imunidades Tributárias - Teoria e Análise da Jurisprudência do STF. Malheiros Editores S/A. 2006. p. 143/144.

²⁷¹ CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. Malheiros Editores S/A. 22ª ed. 2006. p. 706/709.

atividades econômicas reservadas à iniciativa privada, exceto no caso de relevante interesse coletivo ou para garantir a segurança nacional (art. 173 da Constituição Federal).

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 610 517 - RIO DE JANEIRO, reafirmou-se a tese consagrada pelas duas turmas do Supremo Tribunal Federal (RE 318.185 - AgR/SP, RE 357.291 - AgR/PR, RE 357.447- AgR/SP, RE 407.099/RS, RE 501.639 - AgR/BA, RE 542.454 - Ag/BA e RE 598.322 AgR/RJ) de que a titularidade de serviço público será sempre do Estado, que o prestará à sociedade, direta ou indiretamente, sempre sob as regras de direito público.

Em razão de tais conclusões, os particulares somente podem executar atividades qualificadas pela Constituição ou pela legislação como serviço público se atuarem como delegatárias do Estado nos termos de concessão, permissão ou autorização.

Assim como o campo das atividades econômicas está fechado para o Estado, exceto no caso das situações previstas no artigo 173 da Constituição Federal, o campo dos serviços públicos está impedido para os particulares que não receberem delegação do Poder Público para a execução de tais atividades.

6.3. Processo nº 22.218/2013 - Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF

O Processo nº 22. 218/2013 - TCDF foi instaurado para abrigar as Representações nº 18/2013 e 1/2014, do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, tendo por escopo a apuração de irregularidades no oferecimento de transporte público coletivo por empresas do Grupo Empresarial Amaral, bem como na “*assunção*” desses serviços pelo Transporte Urbano do Distrito Federal - DFTRANS.

Dentre os diversos fatos ainda em apuração nos autos do Processo nº 22.218/2013 - TCDF destaca-se a “*assunção*”, pela Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal e pelo DFTRANS, do serviço público de transporte coletivo executado pelas empresas Viação Valmir Amaral Ltda., Rápido Veneza

Ltda. e Rápido Brasília Transportes e Turismo Ltda., todas pertencentes ao Grupo Empresarial Amaral.

Referida “*assunção*” foi realizada com esteio no Decreto nº 34.163, de 22 de fevereiro de 2013, que, dentre outras medidas, revogou as “*permissões outorgadas*”, bem como as “*autorizações precárias ou excepcionais*” concedidas às empresas do Grupo Empresarial Amaral para a prestação de transporte público coletivo no âmbito do Distrito Federal, e autorizou o então Secretário de Estado de Transporte e o DFTRANS a assumirem tais serviços públicos.

Buscando disciplinar a operacionalização da “*assunção*” dos referidos serviços, o então Secretário de Estado de Transporte e o Diretor-Geral do DFTRANS editaram a Portaria Conjunta nº 03, de 22 de fevereiro de 2013, em que foi constituída, inclusive, a Comissão de Ocupação Provisória das Garagens e dos bens das empresas do Grupo Amaral.

Da motivação (considerandos) da Portaria Conjunta nº 03/2013, destaca-se o dever do Poder Público de assegurar a continuidade, adequabilidade, regularidade, eficiência e segurança do serviço público de transporte coletivo no âmbito do Distrito Federal, nos termos dos artigos 341²⁷² e 342²⁷³ da Lei Orgânica do Distrito Federal, e artigo 6º, caput e § 1º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Os fatos que originaram a edição do Decreto nº 34.163/2013 e da Portaria Conjunta nº 03/2013, bem como a “*assunção*” dos serviços até então prestados

²⁷² Art. 341. O Poder Público não admitirá ameaça de interrupção ou deficiência grave na prestação do serviço por parte das empresas operadoras de transporte coletivo.
Parágrafo único. O Poder Público, para assegurar a continuidade do serviço ou para sanar deficiência grave em sua prestação, poderá intervir na operação do serviço, assumindo - o total ou parcialmente, mediante controle dos meios humanos e materiais, como pessoal, veículos, oficinas, garagens e outros.

²⁷³ Art. 342. A prestação dos serviços de transporte público coletivo atenderá aos seguintes princípios:
I - compatibilidade da tarifa com o poder aquisitivo da população;
II - conservação de veículos e instalações em bom estado;
III - segurança;
IV - continuidade, periodicidade, disponibilidade, regularidade e quantidade de veículos necessários ao transporte eficaz;
V - urbanidade e prestabilidade.

pelas empresas do Grupo Empresarial Amaral pelo Governo do Distrito Federal, constam da Informação nº 148/2015 da 1ª Divisão de Acompanhamento (1ª DIACOMP) da Secretaria de Acompanhamento (SEACOMP) do TCDF e do Relatório Prévio de Inspeção nº 006/2015 - 1ª DIACOMP/SEACOMP/TCDF, e podem ser assim sintetizados:

- a) Dos 457 veículos cadastrados pelas empresas do Grupo Empresarial Amaral, somente 97 (noventa e sete) tinham autorização para operar no sistema de transporte público coletivo do Distrito Federal, ou seja, 360 (trezentos e sessenta) estavam irregulares;
- b) O Grupo Empresarial Amaral estava retirando os veículos do sistema de transporte público coletivo do Distrito Federal e colocando-os em operação no serviço de transporte interestadual, prejudicando, assim, a regularidade, eficiência, pontualidade, confiabilidade, etc., do transporte público coletivo no Distrito Federal;
- c) Foi estabelecido um Termo de Ajustamento de Conduta - TAC com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para correção das irregularidades descritas nas alíneas “a” e “b” retro, todavia, nenhuma das condições assumidas pelas empresas delegatárias do serviço de transporte público coletivo no DF foi implementada para corrigir as falhas identificadas.

Registre-se que quando as minutas do Decreto nº 34.163/2013 e da Portaria Conjunta nº 3/2013 ficaram prontas, foram encaminhadas pela Secretaria de Estado de Transporte à Procuradoria Geral do Distrito Federal - PGDF para análise.

Nos termos do Parecer nº 99/2013 - PROCAD/PGDF, a Procuradoria Geral do Distrito Federal manifestou-se pela necessidade de algumas correções para o perfeito atendimento da legislação vigente e ainda observou que a assunção dos serviços não poderia ocorrer nos termos dos incisos II (encampação) e III

(caducidade) do artigo 35 da Lei nº 8.987/1995²⁷⁴, haja vista que tanto a encampação como a caducidade pressupunha contrato de concessão em vigência, o que não era o caso, uma vez que as concessões das empresas Rápido Veneza e Rápido Brasília haviam expirado desde 06/08/2012 e 30/08/2012, respectivamente.

O Corpo Técnico do Tribunal, nos termos da Informação nº 148/15 - 1ª DIACOMP/SEACOMP - TCDF, endossou o entendimento da Procuradoria-Geral do DF sobre a impossibilidade da assunção dos serviços ocorrer em razão de caducidade ou encampação, porque os contratos estavam extintos e o serviço estava sendo prestado sem cobertura contratual.

Todavia, ressaltou que em 13 de fevereiro de 2013 foi publicada no Diário Oficial do DF a Instrução nº 38/2013 do DFTRANS, disciplinando a requisição dos veículos das empresas do Grupo Empresarial Amaral para garantir a continuidade dos serviços de transporte público coletivo.

Amparado nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho, o corpo técnico do Tribunal de Contas do Distrito Federal defendeu que o instrumento correto para garantir a regularidade do serviço de transporte público coletivo seria a requisição administrativa, tendo em conta que havia perigo iminente para a continuidade e o bom funcionamento do serviço público de transporte coletivo, uma vez que as empresas concessionárias estavam retirando os ônibus das linhas regulares e transferindo-os para outra unidade da federação.

²⁷⁴ Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

A requisição administrativa, conforme asseverou ainda o Corpo Técnico do Tribunal, estaria amparada no inciso XXV do art. 5º da Constituição Federal; na situação de emergência explicitada no § 6º do art. 2º do Decreto nº 34.163/2013; no fato de ser procedimento unilateral auto executável; incidir sobre bens móveis, imóveis e serviços e caracterizar-se pela transitoriedade, ou seja, perdurar apenas pelo tempo necessário até a realização de novo procedimento licitatório e a assinatura do respectivo contrato de concessão para a regularização da situação.

Todavia, o Decreto nº 34.163/2013 tratou da “*assunção da prestação dos serviços de transporte público coletivo*” e no seu parágrafo 1º pretendeu revogar as “*permissões*” que já estavam expiradas desde agosto de 2012.

Além disso, o artigo 1º do Decreto 34.163/2013 remete à situação prevista no art. 1º do Decreto 33.556, de 1º de março de 2012, ou seja, prestação de serviço formalizada por contrato com prazo de vigência indeterminado e não precedido de licitação, o que não corresponde ao caso das empresas do Grupo Amaral, cujos contratos, já expirados, foram precedidos de licitação e tinham vigência estabelecida nos termos dos ajustes de n.º 11/1998 e n.º 17/1998 (7 anos prorrogáveis por igual período).

Em momento algum o Corpo Técnico do Tribunal questionou a necessidade do Estado executar diretamente o serviço de transporte público coletivo que era prestado pelas empresas do Grupo Amaral. O questionamento da equipe de auditoria deu-se em razão da utilização de instrumento equivocado e da balbúrdia normativa que amparou os atos do Poder Público para retomada de serviço de que é titular.

Após os esclarecimentos prestados pelos jurisdicionados (Secretaria de Estado de Mobilidade, DFTRANS e Sociedade de Transportes Coletivos de Brasília – TCB) em relação às apurações e documentos produzidos pelo Corpo Técnico do Tribunal, o Plenário do TCDF, nos termos da Decisão nº 6070/2015, prolatada na Sessão Ordinária nº 4.834, de 15/12/2015, determinou a audiência dos responsáveis pelas irregularidades apuradas, entretanto, não questionou, a exemplo do Corpo Técnico do TCDF, a necessidade do Estado passar a executar diretamente o serviço

de transporte público coletivo que estava sob responsabilidade das empresas do Grupo Amaral, mas apenas o instrumento utilizado pelo Estado - “assunção” - e os normativos editados para tal fim.

Ao decidir dessa forma, o Tribunal de Contas do Distrito Federal reconheceu que o Poder Público, como titular do transporte público coletivo, tem o poder-dever de atuar para garantir que tal serviço seja prestado à população de forma adequada, conforme exige o artigo 6º e seu § 1º da Lei nº 8.987/1995.

Além do mais, os serviços prestados pelas empresas do Grupo Amaral não estavam amparados em procedimento licitatório e contrato administrativo válidos, em flagrante ofensa ao artigo 175 da Constituição Federal, ao art. 336 da Lei Orgânica do Distrito Federal²⁷⁵, ao inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/1995²⁷⁶ e ao art. 2º e parágrafo único da Lei nº 8.666/1993²⁷⁷.

²⁷⁵ Art. 336. Compete ao Distrito Federal planejar, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação, os serviços de transporte coletivo, observada a legislação federal, cabendo à lei dispor sobre:

I – o regime das empresas e prestadores autônomos concessionários e permissionários de serviços de transporte coletivo, observada a legislação federal;

II – os direitos dos usuários;

III – a política tarifária, com a garantia de que o custo do serviço de transportes públicos coletivos deverá ser assumido por todos que usufruem do benefício, mesmo que de forma indireta, como o comércio, a indústria e o Poder Público;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

§ 1º É dever do Poder Público instalar sinais sonoros em vias de acesso a estabelecimentos públicos ou privados que atendam a portadores de deficiência visual.

§ 2º A lei disporá sobre isenção ou redução de pagamento da tarifa do serviço de transportes públicos coletivos para estudantes do ensino superior, médio e fundamental da área rural e urbana do Distrito Federal, inclusive a alunos de cursos técnicos e profissionalizantes com carga horária igual ou superior a duzentas horas-aula, reconhecidos pela Fundação Educacional do Distrito Federal ou pelo Ministério da Educação e Cultura, e a aluno de faculdades teológicas ou instituições equivalentes.

²⁷⁶ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

(...)

²⁷⁷ Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

O titular do serviço público de transporte coletivo é o Estado, que pode executá-lo direta ou indiretamente. Ao transferir a execução a terceiros, o Poder Público não perde a titularidade, e, portanto, continua com o dever de zelar pela sua prestação dentro dos padrões de qualidade e confiabilidade exigidos pela legislação.

Por isso que, quando os ônibus das empresas do Grupo Amaral começaram a ser retirados das linhas do transporte público coletivo do Distrito Federal e desviados para uso no transporte interestadual, o Poder Público teve que agir requisitando os bens das empresas delegatárias para manter a prestação do serviço dentro dos padrões de regularidade, continuidade, generalidade e acessibilidade exigidos pela legislação.

6.4. Processo nº 31.900/2013 do Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF.

Nos termos dos artigos 196²⁷⁸ da Constituição Federal e 204²⁷⁹ da Lei Orgânica do Distrito Federal, o oferecimento de serviço público de saúde é dever do Estado e direito de todos os brasileiros (acesso universal e igualitário).

No Distrito Federal, as instituições privadas podem participar apenas de forma complementar das ações de saúde pública, mediante contrato de direito público ou convênio, conforme estabelece o § 1º do artigo 206 da Lei Orgânica do Distrito Federal.²⁸⁰

Entre as diversas auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal no ano de 2013, em atendimento ao Plano Geral de Auditorias - PGA,

²⁷⁸ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁷⁹ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

²⁸⁰ Art. 206. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar, de forma complementar, do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, concedida preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos.

merece destaque especial a executada nas unidades de tratamento intensivo de saúde (UTI), haja vista representar área essencial para pacientes graves que requerem atendimento especializado e contínuo, com equipamentos e medicamentos complexos e de alto custo, e monitoramento permanente.

Desse modo, quando o Poder Público não presta ou presta de forma ineficiente os serviços nas unidades de tratamento intensivo (UTI), os pacientes que necessitam desse atendimento complexo, caro e especializado podem sofrer graves danos à saúde e evoluir para a morte.

O Processo nº 31.900/2013 - TCDF trata da auditoria operacional realizada nas Unidades de Tratamento Intensivo (UTI) da rede pública de saúde distrital no ano de 2013, para avaliar a eficiência do gerenciamento dos leitos de UTI pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, em razão da constatação da demora da fila de espera para acesso a esse tratamento especializado.

Em 2006, a Secretaria de Estado de Saúde já havia criado a Central de Regulação de Internação Hospitalar - CRIH e normatizado os critérios para acesso e alta em UTI.

A CRIH tem por finalidade cuidar da regulação dos leitos de UTI das redes de saúde pública, contratada e conveniada no Distrito Federal, de forma a garantir prioridade de acesso ao tratamento intensivo para os pacientes com maior risco de morte.

Os critérios de prioridade foram formalmente estabelecidos no item 1.1 da Portaria nº 42²⁸¹, de 31 de agosto de 2006, da Secretaria de Saúde do Distrito

²⁸¹ 1.1 - CRITÉRIOS DE PRIORIZAÇÃO: PRIORIDADE 01 - Pacientes criticamente enfermos, em coma ou não, e instáveis que necessitam de cuidados de Terapia Intensiva e monitoração que não pode ser provida fora do ambiente de UTI. Usualmente, esses tratamentos incluem suporte ventilatório, drogas vasoativas contínuas, etc. Nesses pacientes, não há limites em se iniciar ou introduzir terapêutica necessária. Exemplos destes doentes incluem choque ou pacientes com instabilidade hemodinâmica, pacientes em insuficiência respiratória aguda necessitando de suporte ventilatório, inclusive neonatal; prematuro abaixo de 1500g na primeira semana de vida. PRIORIDADE 02 - Pacientes que necessitam de monitoração intensiva e podem potencialmente necessitar intervenção imediata. Não existe limite terapêutico geralmente estipulado para estes pacientes. Exemplos incluem pacientes com condições comórbidas crônicas (como as terapias renais substitutivas) que desenvolvem doenças agudas graves clínicas ou cirúrgicas; prematuros

Federal, que classificou como prioridade 1 os pacientes críticos e instáveis, em coma ou não, que precisem de tratamento intensivo e monitoramento permanente.

A regulação dos leitos de UTI também passou a ser normatizada nos termos da Portaria nº 1.559, de 1º de agosto de 2008, do Ministério da Saúde, que estabeleceu protocolos e critérios de classificação e priorização para acesso ao tratamento intensivo na rede pública de saúde.

No Distrito Federal, em 2013, os seguintes hospitais públicos (rede própria) dispunham de leitos de UTI para internação e tratamento de pacientes graves: Hospital de Base do Distrito Federal - HBDF, Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, Hospital Materno Infantil de Brasília - HMIB, Hospital Regional de Ceilândia - HRC, Hospital Regional do Gama - HRG, Hospital Regional do Paranoá - HRP, Hospital Regional de Sobradinho - HRS, Hospital Regional de Samambaia - HRSam, Hospital Regional de Santa Maria - HRSM, Hospital Regional de Taguatinga - HRT e Hospital Regional de Planaltina - HRP.

Além da rede própria, a Secretaria de Estado de Saúde dispunha, em razão de convênio, de leitos de UTI no Hospital Universitário de Brasília (HUB), e, nos termos de contrato, de leitos de UTI nos seguintes estabelecimentos privados de saúde: Hospital Santa Marta, Hospital São Francisco, Instituto de Cardiologia do Distrito Federal - ICDF, Hospital Home, Instituto de Terapia Intensiva - ITI e Hospital São Matheus.

acima de 30 semanas, nas primeiras horas de vida, em uso de suporte respiratório, tipo CPAP nasal, que fizeram uso do surfactante pulmonar e estão compensados clínica e laboratorialmente; desconforto respiratório decorrente de pneumotórax não hipertensivo. PRIORIDADE 03 - Pacientes criticamente enfermos mas que têm uma probabilidade reduzida de sobrevida pela doença de base ou natureza de sua doença aguda. Esses pacientes podem necessitar de tratamento intensivo para aliviar uma doença aguda, mas limites ou esforços terapêuticos podem ser estabelecidos como não intubação ou reanimação cardiopulmonar. Exemplos incluem pacientes com neoplasias metastáticas complicadas por infecção, tamponamento ou obstrução de via aérea; prematuros extremos – abaixo de 25 semanas e/ou peso abaixo de 500g; mal formações incompatíveis com a vida; hemorragia intra/peri/ventricular de grande extensão.

Para atender uma população estimada de 2.789.761 habitantes²⁸² no ano de 2013, o Distrito Federal deveria disponibilizar à população, conforme parâmetros estabelecidos pelo Ministério da Saúde e quantitativos expressos no Plano Plurianual 2012-2015, 486 leitos de UTI, todavia, disponibilizou apenas 432, ou seja, 11% a menos do que a meta fixada.

No período auditado, ou seja, entre janeiro e dezembro de 2013, houve 19.521 pedidos para internação em leitos de UTI. A Gerência de Monitoramento e Avaliação de Serviços da Secretaria de Saúde do DF informou que foram atendidos apenas 6.988 desses pedidos, assim distribuídos: 5.199 pela rede própria, 206 pela rede conveniada e 1.583 pela rede contratada.

Assim, dos 19.521 pacientes que necessitaram de internação em leitos de UTI no ano de 2013 no Distrito Federal, apenas 6.988 tiveram acesso ao tratamento intensivo, ou seja, 64% (sessenta e quatro por cento) do total restou sem qualquer atendimento.

Além disso, para piorar a situação, apenas uma pequena parcela dos pacientes que conseguiram acesso aos leitos de UTI foi internada dentro do prazo de até 6 horas entre a solicitação e a entrada na unidade intensiva de saúde, período considerado adequado conforme estudo elaborado pela Universidade de Chicago (item 70 do Relatório de Auditoria).

Dos 6.988 pacientes internados em UTI, 5.645 esperaram em média 52 horas para ter acesso ao leito, isto é, um período 8 (oito) vezes superior ao tempo de 6 horas considerado adequado, o que eleva em 70% (setenta por cento) a possibilidade de morte do doente, conforme estudos do Hospital Universitário de Londrina, citado pela equipe de auditoria do TCDF no item 94 do Relatório de Auditoria Operacional.

²⁸² IBGE. Diretoria de Pesquisas - DPE - Coordenação de População e Indicadores Sociais - COPIS. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2013/populacoes_estimativas_municipios_TCU_31_10_2013.pdf. Acesso em: 11.08.2016.

Além da quantidade inferior de leitos de UTI em relação ao previsto no PPA para o período de 2012/2015, e da demora excessiva na disponibilização de leitos de tratamento intensivo, a auditoria operacional ainda identificou problemas sérios de gestão.

Conforme apurado pela equipe de auditoria, apenas 1/3 (um terço) dos pacientes que necessitaram de internação em leitos de UTI no ano de 2013 foram contemplados, ou seja, 2/3 (dois terços) não conseguiram acesso, sendo que muitos deles perderam a vida por falta de atendimento especializado.

Ocorre que a indisponibilidade de leitos de UTI para 2/3 (dois terços) dos pacientes não ocorreu apenas em razão da baixa quantidade de leitos à disposição da Secretaria de Estado de Saúde, mas, sobretudo, em virtude de falta de eficiência na gestão dessas unidades de tratamento intensivo.

O leito de UTI fica bloqueado assim que a regulação solicita a reserva e somente resta desocupado e livre para novas internações quando o paciente que o estava internado recebe alta administrativa²⁸³ (hospitalar).

No período de janeiro a agosto de 2013, pacientes que tiveram alta médica permaneceram em média 8,9 dias ocupando desnecessariamente leitos de UTI. De setembro a dezembro do mesmo ano esse tempo foi reduzido para 3,1 dias.

Esse fato gravíssimo e que certamente gerou a morte de inúmeros pacientes, ocasionou a perda de 9.697 diárias de leitos de UTI, que poderiam ter sido disponibilizados para internação de grande parte dos 12.53 pacientes que, durante o ano de 2013, necessitaram de tratamento intensivo na rede pública de saúde distrital e não conseguiram vaga porque os leitos estavam indevidamente ocupados por quem já havia recebido alta hospitalar.

²⁸³ Alta administrativa é o momento em que o paciente, que já teve alta médica da unidade de tratamento intensivo, é transferido de um leito de UTI para outro menos complexo para concluir a sua recuperação.

Além da perda de vidas, que não dá para quantificar financeiramente, a ocupação indevida de leitos de UTI após a alta hospitalar representou prejuízo da ordem em R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais) para os cofres públicos somente no ano de 2013.

É sabido que a demanda da população por serviços públicos de saúde é enorme e na maioria das vezes superior à capacidade do Estado de garantir o devido atendimento aos pacientes.

Essa incapacidade agrava-se ainda mais quando os recursos existentes na rede pública são geridos de forma ineficiente, como a auditoria operacional realizada pelo TCDF demonstrou que ocorreu na área de leitos de UTI no ano de 2013 no Distrito Federal.

Ora, os serviços públicos são atividades prestadas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público à população para satisfação de necessidades essenciais. Portanto, devem ser executadas com obediência aos princípios norteadores da Administração Pública, com destaque para a eficiência.

O Decreto-lei nº 200, de 2 de fevereiro de 1967²⁸⁴, já previa a necessidade de planejamento e de fiscalização das atividades desempenhadas pelo Poder Público para garantir a eficiência dos serviços públicos oferecidos à população.

A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, estabelece que os serviços públicos devem ser prestados à

²⁸⁴ Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:
(...)
III - A eficiência administrativa.
(...)

população de forma adequada ao pleno atendimento das necessidades do usuário, tendo como uma de suas metas mais importantes a eficiência²⁸⁵.

Também a lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999²⁸⁶) consagrou a eficiência como princípio a ser perseguido pelos gestores públicos.

Com a Emenda Constitucional nº 19/1998, a eficiência passou a constar como princípio expresso da Administração Pública no texto constitucional, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Desse modo, ao não atuar com eficiência, especialmente em uma área tão essencial e sensível como é a saúde pública, o gestor deixa de obedecer a comandos constitucionais e legais e compromete gravemente a qualidade dos serviços ofertados à população, expondo os pacientes a riscos de agravamento da saúde e mortes evitáveis.

Em razão dos resultados apurados na auditoria operacional realizada nas unidades de tratamento intensivo da rede de saúde pública distrital com o escopo de analisar se o acesso dos pacientes estava ocorrendo com obediência aos critérios da universalidade, tempestividade e equanimidade, bem como se esse serviço estava sendo gerido com eficiência, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, na Sessão Ordinária nº 4715, de 02 de setembro de 2014, exarou a Decisão nº 4.282/2014²⁸⁷ determinando à Secretaria de Estado de Saúde que, dentre outras

²⁸⁵ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

²⁸⁶ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

²⁸⁷ O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, com o qual concorda a Revisora, Conselheira ANILCÉIA MACHADO, decidiu: I – recomendar à Secretaria de Saúde do Distrito Federal, com vistas à melhoria do atendimento às solicitações de internação em UTI, à garantia da equidade no acesso aos leitos de UTI e ao combate das ineficiências encontradas na gestão dos leitos de UTI, a adoção das seguintes providências: a. ofertar leitos gerais e de UTI em quantidade adequada ao atendimento da demanda efetiva atual e projetada; b. garantir o transporte inter-hospitalar tempestivo de pacientes gravemente enfermos para internação em UTI, bem como na remoção dos pacientes com alta médica da UTI; c. cumprir as normas e procedimentos de

providências, passasse a melhor planejar e gerir os leitos de UTI da Rede de Saúde Pública distrital, de forma a evitar desperdícios e melhorar a eficiência do serviço com vistas a impedir a ocorrência de mortes evitáveis.

6.5. Processo nº 24.101/2010 - Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF

Em 14/11/2007 a Secretaria de Estado de Educação celebrou o Contrato nº 125/2007 com a empresa SANGARI do Brasil Ltda., que foi executado até o início do ano letivo de 2011, com previsão de gastos de R\$ 289.000.000,00 (duzentos e oitenta e nove milhões de reais), para prestação de serviços de treinamento de professores e fornecimento de materiais didáticos, equipamentos e kits de investigação, usando a metodologia pedagógica *“Programa Ciência e Tecnologia com Criatividade”* - CTC, no âmbito do Programa *“Ciência em Foco”* da rede de educação pública distrital.

O Programa *“Ciência em Foco”* tinha por objetivo proporcionar, em sala de aula, experiências e investigações práticas no campo da ciência, para aproximadamente 310.000 (trezentos e dez mil) alunos do ensino fundamental (1º ao

regulação, vedando as internações fora de fluxo; d. fiscalizar o cumprimento das normas e procedimentos de regulação; e. manter registro, em caso de excepcional ocorrência de internação fora de fluxo, das situações atípicas ocorridas e consolidar os respectivos dados (localidade da internação, servidores responsáveis, hospital de origem do paciente, motivo da violação do fluxo regulatório) para fins de gestão e prestação de contas dos recursos utilizados; f. monitorar, com o objetivo de reduzi-los, os intervalos entre as seguintes etapas: i. solicitação de internação em leito de UTI; ii. priorização; iii. direcionamento do leito; iv. atendimento à solicitação de transporte inter-hospitalar, se for o caso; v. efetiva internação do paciente na UTI; vi. alta médica da UTI; vii. desocupação da UTI; viii. próximo direcionamento para aquele leito; II) determinar à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, com vistas à melhoria do atendimento às solicitações de internação em UTI, submeter os leitos gerais aos procedimentos de regulação, tendo em vista que a situação atual afronta o disposto na Portaria SES/DF nº 189, de 07.10.2009, e nas Diretrizes para a Implantação de Complexos Reguladores que fazem parte do Pacto pela Saúde 2006, volume 6; III) determinar, ainda, à SES/DF que, em até 120 dias, elabore e envie a este Tribunal Plano de Ação para implementação das determinações e recomendações acima indicadas, bem como de outras medidas que entender necessárias para resolução dos problemas apontados na Auditoria e para o aperfeiçoamento do acesso às Unidades de Tratamento Intensivo da rede pública de saúde do Distrito Federal, fazendo constar do respectivo Plano, pelo menos, cronograma, metas a serem alcançadas e responsáveis (conforme modelo anexo ao Relatório de Auditoria); IV) dar conhecimento do inteiro teor desta decisão e do Relatório de Auditoria ao Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal, à Câmara Legislativa e ao Governador do DF; V) autorizar o retorno dos autos à SEMAG, para as providências pertinentes. Decidiu, mais, mandar publicar, em anexo à ata, o relatório/voto do Relator.

9º ano), bem como realizar treinamento de 7.000 (sete mil) professores e de 1.200 (um mil e duzentos) formadores de professores.

Os gastos com os serviços contratados pela Secretaria de Estado de Educação estavam previstos da seguinte forma:

- a) Exercício de 2007... R\$ 38.000.000,00;
- b) Exercício de 2008... R\$ 70.000.000,00;
- c) Exercício de 2009... R\$ 86.737.536,00;
- d) Exercício de 2010... R\$ 34.194.984,00;
- e) Exercício de 2011... R\$ 60.855.480,00.

Ocorre que, o Ministério Público de Contas apresentou no TCDF a Representação nº 07/2007 - MF, questionando, entre outros aspectos, a economicidade, a legalidade e a razoabilidade da contratação direta da empresa SANGARI do Brasil Ltda.

Ao analisar a representação ministerial no Processo nº 39.689/2007, o pleno do TCDF, na Sessão Ordinária de 21/01/2008, nos termos da Decisão nº 1333/2008²⁸⁸, determinou à Secretaria de Estado de Educação que cautelarmente

²⁸⁸ O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I - tomar conhecimento: a) dos Ofícios nº 954/2007-PG e nº 152/2008-PG; b) do Contrato nº 125/2007 – SE/EMPRESA SANGARI DO BRASIL LTDA., fls. 112/118 do Anexo IV; c) da Representação formulada por Deputados Distritais integrantes da Bancada do Partido dos Trabalhadores na Câmara Legislativa do Distrito Federal; d) dos pagamentos realizados no curso do exercício de 2007, no montante de R\$ 28.988.491,89 (Obs. nº 36116/2007, 37701/2007 e 00620/2007-FUNDEB), fls. 238/241, bem como no exercício de 2008, no valor de R\$ 1.915.161,42 (Obs. nº 5518/2007 e nº 6527/2008), fls. 242/245; e) dos empenhos emitidos no presente exercício em favor da empresa contratada, no valor R\$ 17.000.000,00 (NEs nºs 484/2008-SEE/DF e 55/2008–FUNDEB), fls. 246/247; f) da Informação nº 007/2008; g) da cota aditiva de Diretor; h) da manifestação do Inspetor, fls. 235/236; II - determinar: a) com fundamento no art. 198 do Regimento Interno do Tribunal, até ulterior decisão desta Corte, à Secretaria de Estado de Educação do DF que deixe de efetuar, cautelarmente, novos pagamentos à empresa SANGARI DO BRASIL LTDA., em decorrência do Contrato nº 125/2007; b) a audiência, com fundamento nos art. 32 e art. 43, incisos I e II, com vista à possibilidade de aplicação do disposto nos art. 45, “caput”, § 1º, inciso II, e § 2º, e art. 57, incisos II e III, todos da Lei Complementar nº 01/94, e no art. 89 da Lei 8.666/93, do titular da Secretaria de Estado de Educação e do Ordenador de Despesas, qualificados no § 42 da Informação nº 007/2008, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, fundamentada e comprovadamente, apresentem suas razões de justificativa para a contratação, por inexigibilidade de licitação, efetivada por meio do Contrato nº 125/2007 – SE/SANGARI DO BRASIL LTDA., conforme Processo Administrativo nº 080.002.349/2007, em especial quanto: b.1) ao descumprimento das seguintes normas e ou princípios: b.1.1) Lei nº 8.666/93: i) art. 6º, IX (quanto à autoria da Sangari, amplitude e generalidade do projeto básico); ii) art. 7º, § 2º, II (a respeito da falta de detalhamento das planilhas de custos); iii) art. 25 e 26, “caput” e parágrafo único, II e III

(enquadramento da contratação no art. 25 “caput”, c/c o art. 13, VI, da Lei 8.666/93 e justificativa para a inexigibilidade, mormente quanto à contratação direcionada de atividades que alcançam delegação de responsabilidade de planejar, de formular e implementar propostas pedagógicas e de capacitar professores, atos típicos de Estado, e ainda a necessidade específica do projeto, considerando o que já existe, e comprovando a impossibilidade de outras empresas também poderem atender razoavelmente ao que se requer, de modo que o objeto seja singular e não a empresa, e ainda justifique o preço da contratação valendo-se de objeto similar, inclusive em quantidade, pois os contratos ofertados são até 172 vezes menores em valor, e não contêm todos os itens ora contratados, bem assim quanto à possibilidade de prejuízos, a partir de indicativos de sobrevalorização do livro do aluno, o que enseja justificativas, tendo em vista a possibilidade de abertura de tomada de contas especial e outras sanções regimentais); iv) art. 39 (Audiência pública sem envolver razoavelmente o universo de entes ligados ao ensino no DF, inclusive representantes da comunidade local, conforme assinala a Lei nº10.172/2001, em diversos pontos, além de ter sido realizada em data bem posterior ao momento oportuno de sua realização); v) art. 57, II (sobre a continuidade do ajuste em até 60 (sessenta) meses com possibilidade de prorrogação, envolvendo expressiva quantidade de serviços especializados próprios de servidores da Administração Pública, o que caracteriza terceirização de atividade-fim); vi) art. 61, parágrafo único (publicação apenas do valor atinente à parcela empenhada em 2007 e não do Contrato); b.1.2) Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - arts. 16, inciso II, § 2º e 17, § 4º (quanto à não apresentação das premissas e metodologias utilizadas nos cálculos a que se reportam citados dispositivos); b.1.3) Enunciado TCDF nº 69 (não comprovação da exclusividade da Sangari do Brasil para o fornecimento do objeto pretendido junto aos órgãos competentes nacionais); b.1.4) Portaria nº 385, de 7 de novembro de 2007 (Presença de expressão que torna relativo aspecto da Constituição Federal, da Lei de Diretrizes Básicas do Ensino e da Lei das Licitações e dos Contratos, quanto aos princípios norteadores do ensino, por exemplo, no art. 1º, a expressão “sempre que possível”, no art. 2º, a possibilidade de substituição do projeto básico por folder ou prospecto, em licitação de natureza complexa, consoante a em realce (art. 2º, § 1º), e também a fixação, “a priori”, do prazo de vigência do ajuste em 60 (sessenta) meses com a possibilidade de prorrogação (art. 4º), sem observar a Decisão Normativa TCDF nº 02/2003, alínea “b”: (“com relação aos contratos regidos pelo art. 57, II, da Lei nº 8.666/93, é possível, desde que amparada por estudos técnicos e econômicos específicos, a contratação de serviços por períodos de até 60 meses”); b.1.5) Lei nº 9.394/96, art. 11 e art. 12 (especialmente quanto à elaboração da proposta pedagógica e do plano de trabalho inerentes ao contrato em tela, que deveriam ter sido essencialmente realizados com a participação dos docentes); b.1.6) Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001, subitem 16, do item II A, 1.3, sob a Lei 5.692/71 (não consulta ao Conselho Distrital de Educação); b.1.7) outras falhas: i) falta de precauções, inclusive com consultas ao Ministério da Educação sobre a capacidade dessa entidade em prover tão expressivo objeto, que ressalte ainda não fora avaliada pelo referido Ministério; II) incongruência do CNPJ presente no preâmbulo do Contrato nº 125/2005 e nos contratos de serviços prestados a outras instituições isto é, 02.004.642/0001-94, e o presente nas Notas de Empenho e nas Ordens Bancárias emitidas, isto é 02004642000437, que se encontra desativado desde 2005; III) ausência, nos autos, do Estatuto Social da empresa Sangari, para se saber a sua finalidade social, pois, em pesquisa no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica da Receita Federal verificou-se que o CNPJ 02.004.642/0001-94, constante no contrato firmado com a SE, não está cadastrada perante o fisco para exercer atividades de ensino e o CNPJ pelo qual se empenhou e pagou valores em dezembro de 2007 está desativado na receita federal desde 17 de junho de 2005; IV) previsão de dissolução do ajuste, em comum acordo, na Cláusula Décima Sexta, sem maiores condicionamentos e restrições, bastando apenas manifestação escrita de uma das partes com antecedência de 30 (trinta) dias, especialmente tendo em vista o substancial valor da contratação, os argumentos da relevância e necessidade urgente do objeto, inclusive estabelecendo-se longo prazo de vigência de 60 (sessenta) meses e com possibilidade de prorrogação (fl. 117 do Anexo IV); V) previsão de designação de apenas um Executor para ajuste de tamanha extensão, conforme consigna a Cláusula Décima Nona do Contrato, permitindo-se inferir possível ausência de moralidade na contratação; VI) não demonstração percuente e detalhada da consonância entre a contratação efetuada e o Plano Distrital de Educação, de modo a tornar claro estar o plano harmônico, sem duplicidades de dispêndios ou carências; b.2) à antecipação de pagamentos no montante de R\$ 28.988.491,89, além de noticiar quais ações concretas relacionadas ao objeto do contrato que já foram efetivadas pela empresa contratada, em especial, se houve o fornecimento dos materiais didáticos ou da realização dos treinamentos, previstos na contratação; c) à 2ª ICE que, no prazo de 15 (quinze) dias, realize inspeção para fiscalização da execução do contrato e de seus resultados, especialmente quanto aos

suspendesse qualquer pagamento à empresa SANGARI do Brasil Ltda., em razão de serviços prestados para o Programa “*Ciência em Foco*”, e autorizou audiências para esclarecimentos das seguintes questões, entre outras: motivo da inexigibilidade de licitação; amplitude e generalidade do projeto básico; ausência de detalhamento dos serviços, equipamentos e materiais na planilha de custos; ausência de justificativa dos preços e da comprovação da singularidade do objeto contratado; terceirização de atividade fim e previsão de designação de um único executor para fiscalizar a realização e os pagamentos de serviços tão amplos.

A Secretaria de Estado de Educação manejou recurso em relação à Decisão nº 1333/2008 e o Plenário do TCDF, após ouvir o corpo técnico do Tribunal (Relatório de Inspeção nº 2.0111.08) e analisar as justificativas apresentadas pelos responsáveis pela contratação, decidiu, nos termos da Decisão nº 2.476/2008²⁸⁹, revogar a cautelar que impedia a continuidade dos pagamentos à empresa SANGARI do Brasil Ltda.

Todavia, como consequência do envolvimento da empresa no Inquérito Policial nº 650109 - STJ, instaurado em razão do resultado da “*Operação Caixa de Pandora*”, para apurar a prática de corrupção ativa e passiva em diversos contratos celebrados pelo Governo do Distrito Federal no mandato do então Governador José Roberto Arruda, o pleno do TCDF, nos termos da Decisão nº 804/2010²⁹⁰,

valores já despendidos; III - autorizar: a) seja dada ciência aos signatários da Representação indicada no item “I.c” desta decisão; b) o encaminhamento de cópia do relatório/voto do Relator aos Representantes indicados na alínea precedente e à jurisdição, objetivando subsidiar o cumprimento das diligências, e à empresa Sangari do Brasil Ltda., para, querendo, manifestar-se sobre os fatos e fundamentos levantados pelo Tribunal; c) o retorno dos autos à 2ª ICE, para as providências pertinentes.

²⁸⁹ O Tribunal decidiu: 1) por maioria, rejeitar as preliminares constantes do voto do Relator, que, neste quesito, ficou vencido; 2) por unanimidade, de acordo com o voto do Relator: I – tomar conhecimento dos expedientes de fls. nº 453 a 527, que dão conta do mandado de segurança impetrado pela empresa Sangari do Brasil Ltda.; II – dar provimento ao recurso interposto no sentido de tornar sem efeito a suspensão dos novos pagamentos anunciada no item II, alínea “a”, da decisão recorrida, alertando a Secretaria de Educação do Distrito Federal que, caso promova o pagamento, os atos praticados para esse fim serão objeto de fiscalização por parte deste Tribunal; III – dar conhecimento desta decisão à recorrente; IV – ordenar a devolução dos autos à 2ª ICE, para as providências de sua alçada.

²⁹⁰ O Tribunal, pelo voto de desempate do Presidente em exercício, Conselheiro MANOEL DE ANDRADE, proferido com base no art. 84, VI, do RI/TCDF, que acompanhou o posicionamento do Conselheiro RONALDO COSTA COUTO, decidiu: I - tomar conhecimento: a) do procedimento de fiscalização especial, realizado sob a forma de inspeção, bem como da documentação constante às fls. 811/1006; b) da Informação de fls. 1009/1023; II - determinar à Secretaria de Estado de Educação que: a) no prazo de 30 (trinta) dias, encaminhe ao Tribunal os esclarecimentos solicitados na Nota de

determinou à Secretaria de Estado de Educação que suspendesse cautelarmente quaisquer reajustes referentes ao contrato celebrado com a empresa SANGARI do Brasil Ltda., bem como que fosse realizada auditoria no Programa “*Ciência em Foco*”, que foi formalizada nos autos do Processo nº 24.101/2010.

Entre outras questões, a auditoria realizada pelo Tribunal tinha por objetivo verificar se os serviços executados pela empresa contratada foram devidamente fiscalizados e se estavam de acordo com o previsto no termo contratual, bem como se o Programa havia atingido as metas estabelecidas, ou seja, melhoria do ensino de ciências nas escolas públicas do Distrito Federal.

No tocante à adequação dos serviços aos termos pactuados, a equipe de auditoria constatou que não houve o devido monitoramento e a necessária fiscalização por parte da Secretaria de Estado de Educação em relação às atividades de formação de professores e de entrega de materiais e kits.

Não houve designação do Comitê Gestor do Programa e a fiscalização foi realizada de forma genérica, baseada em relatórios sem descrição detalhada dos serviços executados e dos materiais entregues, inclusive no tocante à quantidade, o que pode ter gerado o pagamento de serviços não realizados.

Ao valer-se da contratação de particulares para executar atividade essencial de que é responsável, ou seja, ensino de ciências para alunos das séries fundamentais nas escolas públicas, o Poder Público deveria ter adotado todas as medidas necessárias para bem fiscalizar os serviços prestados pela empresa contratada. Como titular do serviço de educação pública, cabe ao Estado zelar pela

Inspeção nº 1/10, de 11 de janeiro de 2010, sob pena de aplicação da multa prevista no inciso IV do art. 57 da Lei Orgânica desta Corte de Contas; b) com fundamento no que dispõe o art. 198 do Regimento Interno deste Tribunal, suspenda cautelarmente a concessão de quaisquer reajustes pretendidos pela empresa SANGARI DO BRASIL LTDA. em relação ao Contrato nº 125/2007, até ulterior pronunciamento desta Corte de Contas sobre as conclusões da Comissão a ser designada no âmbito da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal, para a reavaliação dos custos unitários do referido contrato, que deverão ser remetidas a este órgão assim que concluídos os trabalhos; III - autorizar o retorno dos autos à 2ª ICE para: a) realização, mantida a urgência já requerida, de auditoria no Programa “Ciência em Foco”; b) acompanhamento do deslinde das medidas propostas no item II precedente e do desenrolar da Ação Civil Pública nº 2009.01.199.395-3, em curso na 5ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que diz respeito ao ajuste examinado nos autos.

sua correta prestação, independentemente de ser realizado de forma direta ou por terceiros.

Quanto aos resultados alcançados, a equipe de auditoria constatou que não foram previamente definidos os objetivos, metas e indicadores do Programa “*Ciência em Foco*”, impedindo, assim, a devida mensuração dos benefícios auferidos pelos alunos da rede pública de ensino fundamental.

O único objetivo expresso do Programa foi apresentado de forma genérica - “*significativa melhoria no desempenho escolar dos estudantes do Ensino Fundamental na área de ciências*” - o que em nada contribuiu para a verificação do atingimento das metas e dos resultados pretendidos.

Com o escopo de corrigir as falhas detectadas na auditoria realizada no Programa “*Ciência em Foco*”, bem como evitar desperdícios e ineficiência nas ações de educação pública distrital, o pleno do Tribunal, na Sessão Ordinária nº 4.703, de 17 de julho de 2014, exarou a Decisão nº 3.372/2014²⁹¹, determinando à Secretaria

²⁹¹ O Tribunal, por maioria, de acordo com o voto da Relatora, decidiu: I – tomar conhecimento: a) do Relatório Final de Auditoria de Regularidade nº 1.2003.12; b) do Ofício n.º 2.122/2013-GAB/SE e demais documentos acostados (fls. 169/307); II – autorizar as audiências dos servidores indicados nas Tabelas 02, 04 e 06 do Relatório Final de Auditoria, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei Complementar nº 1/94, para apresentação, no prazo de 30 dias, de razões de justificativa pelas irregularidades apontadas; III – determinar à Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal que: a) implemente medidas para garantir o efetivo cumprimento das diretrizes para utilização dos bens remanescentes do Programa Ciência em Foco, promovendo o controle patrimonial e o remanejamento dos bens excedentes e não utilizados pelas escolas, com vistas a sanar as irregularidades apontadas no Achado 03 do Relatório da Auditoria de Regularidade nº 1.2003.12; b) exija das empresas contratadas a discriminação detalhada do objeto da despesa no respectivo documento fiscal, de modo a constar a especificação dos serviços prestados, os quantitativos, o local e a data de realização; c) a implementação de Programas Educacionais, envolvendo ou não a contratação de empresa especializada, deve ser precedida de adequados procedimentos de planejamento, de modo a contemplar, dentre outras questões, a definição clara de objetivos, indicadores e metas, para fins de avaliação dos resultados; d) anteriormente à implementação de projetos educacionais, realize estudo de viabilidade técnico-financeira, considerando, dentre outros aspectos: d.1) o custo-benefício de se atingir o objetivo proposto por meio de investimentos na estrutura física e de recursos humanos da própria Secretaria; d.2) a avaliação de metodologias similares existentes no mercado; d.3) a comprovação da compatibilidade com o mercado dos itens de custos que compõem a metodologia proposta; d.4) a prévia adoção de procedimentos de avaliação de resultados, por meio da definição clara de objetivos, metas e indicadores; d.5) a elaboração de estratégia de implantação gradual do método de ensino; IV – alertar a Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal da necessidade de avaliar a possibilidade de aplicação das sanções previstas no art. 87, inciso IV, da Lei de Licitações, em razão das evidências de inexecução contratual pela empresa Sangari do Brasil Ltda.; V – alertar a Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal de que a execução dos contratos no âmbito dessa Secretaria deve ser precedida da implementação de estrutura de acompanhamento e controle, compatível com as características e valor do objeto, de modo a garantir a regular liquidação e pagamento das despesas; VI – encaminhar

de Estado de Educação que, dentre outras providências, realize o devido planejamento de suas atividades educacionais, prevendo de forma detalhada e avaliando rigorosamente os objetivos, os indicadores, as metas e os resultados buscados, bem como que fiscalize e monitore adequadamente os contratos celebrados para a execução de serviços de educação pública.

Os serviços de educação pública são, por força de norma constitucional, de titularidade do Poder Público. Portanto, o Estado tem o dever de bem planejar e de executar com eficiência as ações na área educacional, de modo a oferecer um serviço de qualidade aos usuários da rede pública de ensino.

à Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal e à Secretaria de Transparência e Controle do Distrito Federal cópia do Relatório de Auditoria de Regularidade nº 1.2003.12, do relatório/voto da Relatora e desta decisão, para fins de subsidiar as ações a serem porventura implementadas; VII – autorizar o retorno dos autos à Secretaria de Auditoria. Parcialmente vencido o Conselheiro RENATO RAINHA, que votou pelo acolhimento, *in totum*, da instrução.

Conclusão

Em conformidade e harmonia com o artigo 175 do texto constitucional de 1988 e com o entendimento da maioria dos doutrinadores brasileiros, pode-se concluir que o Estado é o titular do serviço público no Brasil.

Apesar da reforma administrativa realizada na década de 90 do século passado durante o Governo Fernando Henrique Cardoso, com a substituição do “*Estado Interventor*” pelo “*Estado Regulador*”, a realização de importantes privatizações, descentralizações, desregulamentações e a adoção de modelo gerencial de administração pública, não houve mudança da titularidade do serviço público, que continuou com o Estado, de acordo com o art. 175 da Constituição Federal, nem do regime jurídico em que ele é prestado, ou seja, de direito público - direito administrativo -, pelo menos parcialmente.

Entretanto, titularidade do serviço público não deve ser confundida com a execução de atividades atinentes a esse mesmo serviço. Ao atribuir a titularidade do serviço público ao Poder Público, a Constituição Federal não exige que o Estado preste diretamente o serviço à população, podendo delegá-lo a terceiros, o que geralmente ocorre em termos de concessão, permissão, ou até mesmo autorização. A Constituição não exige que o Estado preste diretamente o serviço público, apenas que preserve a sua titularidade e fiscalize se a execução está cumprindo totalmente sua finalidade.

No Brasil, somente a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional podem qualificar determinada atividade essencial ou útil à sociedade como serviço público. Essa constatação resulta da influência, com as devidas evoluções, alterações e adaptações relativas à realidade brasileira, da concepção formal da noção de serviço público formulada por Gaston Jèze.

Guardadas as peculiaridades em razão da diferença do tipo, da estrutura e do tamanho do Estado e da situação política, econômica e social, a noção de serviço público formulada pela Escola de Serviço Público francesa (Escola de Bordeaux), em seus critérios objetivo, subjetivo e formal, cujos maiores expoentes

foram Léon Duguit e Gaston Jèze, ainda exerce forte influência nos doutrinadores brasileiros e na formulação atual da noção de serviço público no Brasil.

Importante destacar que, apesar da legislação infraconstitucional também poder qualificar determinada atividade importante ou essencial para a sociedade como serviço público, essa possibilidade não é irrestrita, uma vez que o legislador deve observar as limitações previstas na Constituição Federal, especialmente as normas constantes do seu Título VII, nos artigos 170 e seguintes, referentes à Ordem Econômica e Financeira.

Registre-se que uma atividade pode ser titularizada pelo Estado e prestada à sociedade como serviço público, sob regime de direito público - direito administrativo -, ou ser titularizada e prestada pela iniciativa privada como atividade econômica, sob regras de direito privado. São exemplos dessa situação as atividades de ensino, saúde, cultura, previdência e assistência social.

Finalmente, as modificações introduzidas pelo Tratado de Maastricht na União Europeia, no tocante à adoção de regime concorrencial e da participação apenas residual do Estado na prestação do serviço público, não se harmonizam com o tratamento dado pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no tocante à titularidade do serviço público, que é do Poder Público, e ao regime jurídico em que ele é prestado, que é, ao menos parcialmente, de direito público.

Na União Europeia, a aplicação do princípio da subsidiariedade causou alterações mais profundas no tocante ao modo de prestação dos serviços públicos do que no Brasil. Lá, tais serviços podem ser prestados totalmente sob a responsabilidade da iniciativa privada, em regime concorrencial e mediante regras de mercado. Aqui, apesar das privatizações, descentralizações e desregulamentações provocadas especialmente após as reformas administrativas engendradas na década de 90 do século passado até os dias atuais, o Estado continua, por força de norma constitucional, como titular do serviço público, cuja execução ocorrerá nos termos de regras de direito público, pelo menos parcialmente. Esta é a realidade brasileira atual sobre os serviços públicos.

Portanto, sem a pretensão de apresentarmos uma noção perfeita, definitiva e inatacável, podemos concluir que no Brasil o serviço público é uma atividade capaz de produzir utilidades materiais importantes para uma dada coletividade, cuja titularidade é sempre do Estado, que pode prestá-lo direta ou indiretamente, sob regras de direito público (direito administrativo), pelo menos parcialmente.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, vol. I, 1993 (Evolução histórica da administração pública).
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 859, maio 2007.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BARATIERI, Noel Antonio. *Serviço Público na Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. *Concepção material de serviço público e Estado brasileiro*. In: Heleno Taveira Tôrres (org.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Tomo I. *Principios Generales. Organización Administrativa*. Servicios Públicos. 6ª ed. Editora LA LEY. Buenos Ayres, 1964.
- BIELSCHOWSKY, Raoni. *O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes. Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa*. Brasília-DF: Revista de Informação Legislativa, ano 49. nº 195, junho/setembro - 2012.
- BONATTO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e a análise da Constituição do Império*. Prefácio do Ministro Seabra Fagundes. Brasília: Senado Federal, 1978.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6ª edição revisada e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2003.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*, 7ª edição atualizada, revista e com índice remissivo. Editora Coimbra Ltda. Lisboa - Portugal, 1965.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Malheiros Editores S/A. 22ª ed. 2006.

CARVALHAL, Ana Paula Z. *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia. Homenagem ao Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O princípio da separação dos poderes na Constituição e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*. São Paulo - SP: Editora Quartier Latin do Brasil, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. revista, ampliada e atualizada até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo. Do serviço público - execução direta - autarquia-economia mista - concessão*. - Rio de Janeiro - RJ : Livraria Freitas Bastos S.A., 1964. v. II.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

- CORRÊA, Paulo José Machado. *A noção de serviço público no direito brasileiro*. Brasília - DF: Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, v. 38, 2012.
- COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias - Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*. Malheiros Editores S/A. 2006.
- COUTO E SILVA, Almiro do. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares*, in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18ª edição revista e atualizada. Editora Forense. Rio de Janeiro - RJ. 2003.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. O pessoal da administração pública. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. IV, 2005.
- DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Separação dos Poderes, Políticas Públicas e Poder Judiciário*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) nº 129. Dezembro de 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de Direito Administrativo Brasileiro*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 5, jan./fev./mar. de 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. Editora Atlas S.A, 2014.

DUGUIT, Léon. *Manual de derecho constitucional*, Granada: Comares, 2005.

DUGUIT, Léon. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. 2ª ed. Paris. Dalloz. 2003.

ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Editora Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo - SP. 1991.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9ª edição. Malheiros, São Paulo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A intervenção do domínio econômico e a Constituição de 1988*. Porto Alegre: Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. - vol. 1, nº 1, jan. /mar. 1990.

FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madri: Institutos de Estudios Políticos, 1958.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O Direito Constitucional Francês*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 1656, 13 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10851>>. Acesso em 22 de set. 2015.

GORDILHO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. La Defensa del usuário y del administrado. 2ª edição. Fundacion de Derecho Administrativo, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 8ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª edição. 2ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação*. Palestra proferida no dia 10.9.1999 no Curso de Aprofundamento sobre O Novo Direito Administrativo Econômico, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Santos, Willians Franklin Lira dos Santos. *A encíclica rerum novarum e o princípio da subsidiariedade*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 37, nº 68, jan./jun. 2012.

HORBACH, Carlos Bastide. *Os princípios do serviço público na França e no Brasil*. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. T.2, Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. Edição revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª. revista, atualizada e ampliada- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7ª. ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos*. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*. Revista do Advogado. Ano XXIX. Dezembro de 2009. Nº 107.

MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo - SP. Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, editores . 1933.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2014.

MEDAUAR, Odete. *Poder de polícia. Origem, evolução, crítica à noção, caracterização. Poder de polícia na atualidade*. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU do ano de 2011/Coordenadores: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato. - Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *Serviço Público no Brasil: origem, evolução e caracterização atual do conceito*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 9, nº. 97.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18ª. ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. revista e atualizada. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2014..

MELLO, José Eduardo Soares de. *A política tarifária em serviço público*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coordenador). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de, 1689-1755. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Poder público, serviço público: crise e conciliação*. Revista de Direito do Estado. RDE, v. 1, nº 4, out. dez. 2006.

MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia*. Revista de Direito Público da Economia, v. 1, n. 1, jan./mar. 2003.

MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, agosto/setembro/outubro, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências*. BDA - Boletim de Direito Administrativo - Novembro /2005.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. Editora Atlas, São Paulo: 2012.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Significado actual de la noción des servicio público*. In: ORTIZ, Gaspar Ariño. GARCIA-MORATO, Lucia López de Castro (coord). *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

PEDRA, Anderson Sant' Ana. Por uma “*separação de poderes*” à brasileira: Constituição de 1988 e a Teoria Tripartite de Montesquieu - Uma conta que não fecha. *Interesse Público*, ano 15, nº 78, mar./abr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA. Marcelo. *A crise da noção de serviço público*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nº 82.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no regime da Lei nº 8.987/1995 - Conceitos e princípios*. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 1998.

REIS, Aarão. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas Villas-Boas. 1923.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça. 1968.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª edição, revista e aumentada. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2006.

RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. *A crise e a evolução do conceito de serviço público*, 1981. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo - SP, 1981.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Poder de polícia. Origem, evolução, crítica à noção, caracterização. Poder de polícia na atualidade*. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU do ano de 2011/Coordenadores: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato. - Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, Almiro do Couto e. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira?* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro - RJ: Editora Renovar Ltda. Out./Dez. 2002.

SILVEIRA, Raquel Dias da. *O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira*. In: Luciano Ferraz e Fabrício Motta (coordenadores). *Direito Público Moderno - Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte - MG: Del Rey, 2003.

SOBOL, Albert. *A Revolução Francesa*. Tradução de Hélio de Pólvora. Zahar Editores, Rio de Janeiro: 1946.

SOUSA, José Pedro Galvão. *Dicionário de Política/José Pedro Galvão de Sousa, Clóvis Lema Garcia, José Fraga Teixeira de Carvalho* - São Paulo: T.A. Queiroz, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5ª edição. 3ª tiragem, Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2012.

TÁCITO, Caio. *O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada*. O Exemplo Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: RJ. Volume 202. out/dez. 1995.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e pareceres)*. 1º v. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. Organizado por J. P. Mayer; tradução Rosemary Costrek Abílio - Editora WMF Martins Fontes, São Paulo: 2009.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Editora Renovar, Rio de Janeiro: 2011.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. *O novo conceito de serviço público*. In: Guimarães, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VOVELLE, Michel. *A Revolução Francesa, 1789-1799*; tradução Mariana Echalar. Editora Unesp, São Paulo: 2012.

WUNDER, Paulo. *Legitimidade para o exercício do poder de polícia*. In: Teoria do Estado Regulador. Editora Juruá, Curitiba: 2015.

ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Guiffre, 1958, vol I.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros /IDAP, 2009.

Legislação Consultada

- **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.
- **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: 22 de setembro de 2015.

- **Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>

Acesso em: 22 de setembro de 2015.

- **Lei Orgânica do Distrito Federal**. Organiza os Poderes do Distrito Federal, estabelece suas competências e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.tc.df.gov.br/SINJ/BaixarArquivoNorma.aspx?id_norma=66634>

Acesso em: 14 de agosto de 2016.

Lei nº 6.586, de 16 de junho de 1994, que dispõe sobre a adoção de material escolar e de livros didáticos pelos estabelecimentos de ensino e dá outras providências.

Disponível em:

<<http://www.legislabahia.ba.gov.br/>>

Acesso em: 14 de agosto de 2016

- **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>

Acesso em: novembro de 2015.

- **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**, que dispõe sobre a regulamentação do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

Acesso em: 16 de agosto de 2016.

- **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>

Acesso em: 16 de agosto de 2016.

- **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**, que dispõe sobre a regulação do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>

Acesso em: 16 de agosto de 2016.

- **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, que institui o Novo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 108.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

Acesso em: setembro de 2015.

- **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços de energia elétrica e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>

Acesso: Setembro de 2015

- **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9472.htm>.

Acesso em: setembro de 2015.

- **Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.** Cria a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>

Acesso em: novembro de 2015

- **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado** (Série Documentos da Presidência da República). Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, 1996.

Disponível em:

<<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>

Acesso em: novembro de 2015.

- ***Tratado de Maastricht sobre a União Europeia.*** Assinado em 7 de Fevereiro de 1992, em vigor a partir de 1 de Novembro de 1993.

Disponível em:

<http://europa.eu/eulaw/decisionmaking/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf>

Acesso em: novembro de 2015.

- **Declaração dos direitos do homem e do cidadão** (26 de agosto de 1789).

Disponível em:

< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> >

Acesso em: 04 de novembro de 2015.

- **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1266/BA - STF**. Relator (a): Min. EROS GRAU, julgado em: 06/04/2005, DJ 23-09-2005.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28LEI++e+6%2E584%2F94%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/heu9m5z>>

Acesso em: 16 de agosto de 2016

- **Recurso Extraordinário - RE 610517/RJ** - Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em: 03/06/2014, DJE-120, 23-06-2014.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=610517&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

Acesso em: 16 de agosto de 2016.

- **Recurso Extraordinário - RE 115.561-2 - SP**, 2º Turma, rel. Min. Carlos Madeira, j. 18/03/1988, DJ 22/04/1998.

Disponível em:

<www.stf.gov.br>

Acesso em: 16 de agosto de 2016

- **Portaria nº 42**, de 31 de agosto de 2006, Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, que aprova as diretrizes e critérios para admissão e alta em unidades de terapia intensiva na Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.

Disponível em:

<http://www.tc.df.gov.br/SINJ/ResultadoDePesquisa.aspx?tipo_pesquisa=norma&all=&ch_tipo_norma=59000000&nm_tipo_norma=Portaria&nr_norma=42&anoassinatura=2006&ch_orgao=86&ch_hierarquia=86&sg_hierarquia_nm_vigencia=SES+->

+SECRETARIA+DE+ESTADO+DE+SA%C3%9ADE+%282000-
%29&origem_por=toda_a_hierarquia_em_qualquer_epoca>

Acesso em: 16 de agosto de 2016

- **IBGE**. Diretoria de Pesquisas - DPE - Coordenação de População e Indicadores Sociais - COPIS.

Disponível em:

<http://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2013/populacoes_estimativas_municipios_TCU_31_10_2013.pdf>

Acesso em: 11 de agosto de 2016

- **Decisão nº 4.282/2014** do Tribunal de Contas do Distrito Federal - Sessão Ordinária nº 4715 de 02 de setembro de 2014, publicada em: 18.09.2014.

Disponível em:

<[https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter\[numero\]=4282&filter\[ano\]=2014&pesquisarDocumento=Enviar&filter\[idtipodocumento\]=13](https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter[numero]=4282&filter[ano]=2014&pesquisarDocumento=Enviar&filter[idtipodocumento]=13)>

Acesso em: 16 de agosto de 2016

- **Decisão nº 1333/2008** do Tribunal de Contas do Distrito Federal - Sessão Ordinária de 21 de janeiro de 2008, publicada em 18.04.2008.

Disponível em:

<[https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter\[numero\]=4282&filter\[ano\]=2014&pesquisarDocumento=Enviar&filter\[idtipodocumento\]=13](https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter[numero]=4282&filter[ano]=2014&pesquisarDocumento=Enviar&filter[idtipodocumento]=13)>

Acesso em: 16 de agosto de 2016

- **Decisão nº 804/2010** do Tribunal de Contas do Distrito Federal - Sessão Ordinária nº 4324 de 11 de março de 2010, publicada em 25.03.2016

Disponível em:

<[https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter\[numero\]=804&filter\[ano\]=2010&pesquisarDocumento=Enviar&filter\[idtipodocumento\]=13](https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter[numero]=804&filter[ano]=2010&pesquisarDocumento=Enviar&filter[idtipodocumento]=13)>

Acesso em: 16 de agosto de 2016.

- **Decisão nº 3.372/2014** do Tribunal de Contas do Distrito Federal – Sessão Ordinária nº 4703, de 17 de julho de 2014, publicada em 04 de agosto de 2014.

Disponível em:

<[https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter\[numero\]=3372&filter\[ano\]=2014&pesquisarDocumento=Enviar&filter\[idtipodocumento\]=13](https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter[numero]=3372&filter[ano]=2014&pesquisarDocumento=Enviar&filter[idtipodocumento]=13)>

Acesso em: 16 de agosto de 2016

- **Orientação Técnica - IBR 002/2009**, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas.

Disponível em:

<www.lbraop.org.br>

Acesso em: 16 de agosto de 2016